

O BLOQUEIO DO WHATSAPP E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA DAS PESSOAS¹

Simone Valadão Costa e Tressa²

Eliei Bitencourt Tressa³

RESUMO: o presente trabalho pretende analisar a intervenção do Estado na vida das pessoas por meio do estudo de decisões judiciais que determinaram o bloqueio do aplicativo WhatsApp, limitando a comunicação de milhões de brasileiros por todo o país. O artigo descreve posições favoráveis e contrárias à intervenção do Estado, buscando, a final, trazer ao leitor uma visão geral sobre o tema. Conclui que a atuação do Estado deve ser pautada pela cautela, com aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da técnica da ponderação de direitos fundamentais.

Palavra-chave: bloqueio do WhatsApp. Intervenção do Estado na vida das pessoas. Direitos fundamentais. Princípio da razoabilidade.

BLOCKING WHATSAPP AND THE LIMITS OF STATE INTERVENTION IN LIVES

-
- 1 Artigo produzido no âmbito do Grupo de Pesquisa “O reflexo das opções do poder público na vida das pessoas”, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, no primeiro semestre do ano de 2016.
 - 2 Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior, Juiz de Fora/MG, e Licenciada em Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-graduada em Direito Público pela Escola Paulista de Direito – EPD. Pesquisadora aluna do Grupo de Pesquisa Jurídica Científica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. É Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo e professora do Curso de Direito da Faculdade EDUVALE de Avaré/SP. E-mail: simone.legis@gmail.com
 - 3 Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo/SP. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade São Paulo. Pós-graduado em Direito Público pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Salesiano de São Paulo. Pós-graduado em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco do Rio de Janeiro. Ex-Militar de Carreira das Forças Armadas pelo Exército Brasileiro. Licenciando em Filosofia pela Universidade de Franca. Pesquisador aluno do Grupo de Pesquisa Jurídica Científica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Diretor jurídico do Sindicato da agricultura familiar de Iaras. Coordenador da Comissão Socioeducacional da OABSP, 175ª Subseção Cerqueira César/SP (Programa Minorais Sociais e Cidadania em debate). Palestrante da OABSP pela 175ª Subseção (Direitos Humanos; Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Garantias Constitucionais das Minorias Sociais). Advogado. E-mail: elielbitencourt@gmail.com

ABSTRACT: this study aims to analyze the state intervention in people's lives through the study of the court decision which ordered the blockade of WhatsApp application, damaging millions of Brazilians across the country. The article describes for and against state intervention positions, seeking the end, bring the reader an overview of the topic. It concludes that the State action must be guided by caution, with application of the principles of proportionality and reasonableness, and the fundamental rights of the weighting technique.

Keywords: blocking WhatsApp. State intervention in lives. Fundamental rights. Reasonableness principle.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual alcançou um patamar de desenvolvimento estreitamente relacionado e dependente do mundo virtual, ou seja, o mundo que se desenvolve na internet.

Como ciência social, o Direito deve acompanhar o desenvolvimento, criando regras para regulamentar as condutas humanas em todos os meios, inclusive o digital.

Em 01 de março de 2016, o juiz Marcel Maia Montalvão, da comarca de Lagarto/SE, ordenou a prisão do vice-presidente do Facebook, na América Latina, o argentino Diego Dzorán, por ter descumprido ordem judicial que visava a obtenção de informações necessárias a investigação criminal por crime organizado de tráfico de entorpecentes. Consigne-se que o processo tramita em segredo de justiça.

Em 02 de maio de 2016, no mesmo processo, o Juiz ordenou que as operadoras de telefonia fixa e móvel, de todo o Brasil, bloqueassem o aplicativo de troca de mensagens WhatsApp.

Em 19 de julho de 2016, a juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, determinou o bloqueio do mesmo aplicativo, porque o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda descumpriu determinação judicial para fornecer informações sobre uma investigação policial.

O presente trabalho pretende demonstrar as posições jurídicas favoráveis e contrárias à intervenção do Estado na vida privada do cidadão, no caso citado. Foi utilizada como base a legislação atual, inclusive a Lei do Marco Civil da Internet.

Frise-se que o Poder Judiciário utiliza os recursos virtuais, inclusive para a consecução de seus fins, se apresentando pelas redes sociais, implementando o processo judicial eletrônico, fazendo acordos e intimações das partes pelo sistema do WhatsApp. Nesse caso, é preciso considerar que qualquer decisão que impeça o funcionamento de aplicativos atinge o próprio funcionamento jurisdicional.

Como argumentos contrários à intervenção estatal, tem-se que além da violação do Direito Fundamental à privacidade, viola, também, o Direito fundamental a comunicação, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, seja a comunicação entre

cidadãos em suas relações particulares, seja a comunicação comercial ou aquela entre os servidores públicos em todo o país, para os fins de suas atividades funcionais.

Nesse mesmo sentido, argumenta-se que não fora respeitado o Princípio Fundamental da proporcionalidade e da razoabilidade e, sequer, o bem comum que configura o bem coletivo, um bem maior, pelo qual uma maioria, uma coletividade é prejudicada em razão de condutas atribuídas a um pequeno grupo de criminosos.

Como posições favoráveis, há aquela na qual a ponderação entre os direitos fundamentais de liberdade de comunicação e segurança levam à prevalência deste último, tendo em vista a utilidade da defesa do interesse coletivo sobre o individual.

O estudo aborda um tema atual, sobre o qual a lei, a doutrina e a jurisprudência ainda caminham no sentido de formar um entendimento capaz de assegurar direitos sem prejuízos aos demais cidadãos.

Assim, buscou-se compilar os entendimentos favoráveis e contrários à intervenção, neste caso, a fim de colaborar com o avanço dos estudos nessa matéria, dentro da ciência jurídica.

1 POSIÇÕES JURÍDICAS A FAVOR DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

No caso em estudo, o Tribunal de Justiça de Sergipe emitiu a seguinte nota:

O Juiz da Vara Criminal de Lagarto, Marcel Maia Montalvão, determinou, nesta segunda-feira, 02.05, nos autos do Processo nº 201655000183, que tramita em segredo de Justiça, a suspensão de 72 horas dos serviços do aplicativo WhatsApp, em todo território nacional. Segundo a decisão, as operadoras devem efetivar a suspensão imediatamente após a intimação. O magistrado atendeu a uma medida cautelar ingressada pela Polícia Federal, com parecer favorável do Ministério Público, em virtude do não atendimento, mesmo após o pedido de prisão do representante do Facebook no Brasil, da determinação judicial de quebra do sigilo das mensagens do aplicativo para fins de investigação criminal sobre crime organizado de tráfico de drogas, na cidade de Lagarto/SE. O Juiz informou ainda, que a medida cautelar está baseada nos arts. 11, 12, 13 e 15, caput, parágrafo 4º, da Lei do Marco Civil da Internet. (TJSE, 2016)

É importante observar que o contexto fático no qual prolatada a decisão judicial discutida aponta várias situações concretas que culminaram com o bloqueio do aplicativo WhatsApp.

O primeiro fato a ser considerado é que a decisão se deu em decorrência de investigação criminal sobre crime organizado de tráfico de drogas, o qual, no ordenamento

jurídico pátrio é considerando crime equiparado a hediondo, por força da previsão constitucional contida no inciso XLIII do artigo 5º da Carta Maior e legal na Lei nº 8.072/90.

Frise-se, por necessário, que a ação penal não se refere apenas a crime de tráfico, mas a crime organizado de tráfico de drogas, que causa insegurança coletiva, tendo em vista a ação violenta de tais grupos, que não poupam a segurança dos cidadãos para a consecução de seus fins ilícitos.

Outra questão fática, refere-se à resistência da empresa responsável pelo aplicativo em atender a ordem judicial. Segundo o relato do Tribunal de Justiça de Sergipe, acima transcrito, mesmo com a prisão do representante do Facebook no Brasil, os responsáveis pelo aplicativo negligenciaram a determinação judicial.

Acrescente-se que a primeira vara criminal de São Bernardo do Campo/SP, em dezembro de 2015, determinou o bloqueio do mesmo aplicativo por descumprir uma determinação de quebra de sigilo de um usuário suspeito de crimes (DESEMBARGADOR..., 2016).

Considerados referidos fatos em conjunto, é possível concluir que, dada a gravidade do crime apurado e o histórico de comportamento da empresa Facebook, mantenedora do aplicativo WhatsApp, a decisão de bloqueio do aplicativo se apresentou, numa ordem gradativa, como possível meio apto a compelir a empresa a cumprir a determinação judicial.

Outro caso semelhante ocorreu no dia 19 de julho de 2016. Neste, a juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, determinou o bloqueio do aplicativo de mensagens porque a empresa Facebook, responsável pelo aplicativo, descumpriu determinação judicial para fornecer informações sobre uma investigação policial (TJRJ, 2016).

O questionamento que resta é quanto à proporcionalidade entre a decisão, que atingiu milhões de brasileiros usuários do aplicativo, e seus efeitos.

Nesse sentido, cabe analisar a técnica de ponderação entre direitos fundamentais.

Pela teoria proposta por Robert Alexy, a proporcionalidade apresenta três máximas parciais: da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito) (ALEXY, 2015, p. 117).

E o mesmo autor ensina, ao mencionar conflitos de interesses entre direitos individuais e coletivos que:

É possível uma boa fundamentação tanto para a tese de que direitos fundamentais não são apenas meios para interesses coletivos quanto para a tese de que há interesses coletivos que independem de direitos individuais. A primeira tese pode apoiar-se na dignidade e na autonomia da pessoa, ou seja, ser fundamentada em um sentido kantiano; a segunda tese pode ser justificada por meio da indicação de que nem toda atividade estatal tem que se relacionar a um direito, podendo dizer respeito apenas a algo útil, apazível e desejável. Isso é suficiente para justificar que se fale, de um lado, em direitos individuais e, de outro, em interesses coletivos. (Ibdem, p. 116, nota 79).

Aplicando-se tal raciocínio ao bloqueio do WhatsApp, identifica-se a colisão entre dois direitos fundamentais: a liberdade de comunicação, prevista no inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal; e o direito à segurança, do *caput* do mesmo artigo e do artigo 6º.

A solução da colisão de direitos passa pela ponderação. De um lado, há o direito individual de comunicação de milhões de pessoas. De outro, o direito coletivo (social) à segurança pública.

Há que se mencionar, nessa esteira, que o direito à segurança, que deve ser assegurado pelo Estado, não só com a manutenção de instituições policiais, mas também pelas ações estatais em todos os três poderes, exige a participação de toda a sociedade.

Assim, pode-se afirmar que cada cidadão está incumbido de contribuir com a segurança de todos, abstendo-se da prática de crimes, bem como colaborando com as ações estatais de combate ao crime.

Postas essas premissas, pode-se ainda utilizar uma gradação de direitos, num sentido de que, sem a proteção de direitos básicos do ser humano, outros se tornam completamente impossíveis de exercício.

No caso da colisão entre liberdade de comunicação e direito à segurança, é possível afirmar que não havendo segurança para toda a coletividade, a liberdade de comunicação sequer poderá ser exercida.

Ingo Sarlet aponta que:

A posição dos direitos fundamentais – que não podem ser considerados uma espécie de supercodificação – relativamente ao restante da ordem constitucional deve, neste contexto, ser analisada à luz do princípio da unidade da Constituição, resolvendo-se os inevitáveis conflitos por meio dos mecanismos de ponderação e harmonização dos princípios em pauta (SARLET, 2012, p. 59).

Ademais, imperioso, ainda, trazer para a presente argumentação o princípio da solidariedade.

Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 3º, *caput* e inciso I: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)” (BRASIL, 1988).

O princípio da solidariedade está previsto, portanto, constitucionalmente como um dos objetivos a serem alcançados pela República brasileira, conseqüentemente, como parâmetro para interpretação dos demais direitos.

De acordo com Celso Lafer, a evolução dos direitos humanos deu lugar aos direitos de terceira dimensão. “Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade” (LAFER, 1988, p. 131).

Para Ingo Sarlet:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2012, p. 33).

Nesse sentido, os direitos fundamentais de fraternidade e solidariedade, como afirma o mesmo autor, possuem “implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (Ibidem, p. 34).

Tais argumentos conduzem à conclusão sobre a necessidade de contribuição de todos para a efetivação de alguns direitos coletivos, o que se aplica perfeitamente ao caso em tela, no qual o direito individual à livre comunicação foi mitigado frente ao direito coletivo de segurança.

Acrescente-se, ainda, o disposto nos artigos. 11, 12, 13 e 15, *caput*, parágrafo 4º, da Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), prevendo a aplicação da lei brasileira às atividades relacionadas à internet, sanções aplicáveis e obrigações dos provedores ou responsáveis pelos serviços (BRASIL, 2014).

Ainda, a especialista em Direito Digital Ana Paula Siqueira Lazzareschi de Mesquita, citada pelo Conjur, defende o bloqueio, destacando que o juiz respeitou as regras do Marco Civil da Internet, especialmente o artigo 24:

Analisando superficialmente, sem a análise do processo judicial, acreditamos na legalidade da medida judicial, vez que cabe a União, Estados e Distrito Federal o estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, colaborativa e democrática, nos termos do artigo 24 da Lei 12.965/2014. A ausência de

colaboração não apenas infringe o Marco Civil da Internet como também atenta a dignidade da Justiça e das decisões proferidas judicialmente dentro do território nacional". (DECISÃO..., 2016)

Oportuna, finalmente, a reflexão quanto à conveniência de intervenção do Estado em casos nos quais esta se mostre necessária para garantia do bem comum a toda a sociedade.

Analogicamente considerando, ao tratar das desigualdades existentes entre os homens, em função da distribuição desigual de riquezas, o doutor Pietro de Jesus Lora Alarcon assim conclui:

A esse respeito, tudo indica que um modelo de economia de livre circulação de produtos, bens e serviços, não pode nem deve ir desacompanhado de um Estado bem aparelhado e disposto a intervir para garantir, em cada oportunidade em que seja necessário, as condições objetivas para a reprodução da dignidade humana (LORA ALARCON, 2014, p. 64).

Para Pietro Alarcon, o Estado deve agir pontualmente, a fim de assegurar a aplicação do próprio Direito.

(...) o funcionamento liberal do Estado de Direito, que se pretende ou pretendeu reeditar sob a forma de Estado neo-liberal, não passou da idealização de um modelo neutro ou supostamente imparcial e independente das classes sociais, cujo fracasso deu-se, precisamente, pela sua falta de resposta às demandas do ser humano. E daí, então, que consideramos o Estado neoliberal um recuo, uma fórmula na contramão da história.

(...) Perante a imagem idealizada de um sujeito de direitos livre e igual a seus semelhantes, o Estado se abstém de submeter o homem a uma indesejada opressão; mas perante a imagem projetada pela realidade de desigualdades, a inexistência da prestação estatal é a própria negação do Direito.

(...) Do que se trata é de estabelecer um modelo de Estado adaptado às novas realidades da civilização, potencializado para incrementar direitos e fornecer as condições jurídicas, técnicas, econômicas e organizativas para confrontar a exclusão e a marginalidade. Para tanto, um programa estatal permanente, orientado constitucionalmente, é essencial. (Ibidem, p. 143, 144).

2 POSIÇÕES JURÍDICAS CONTRA A INTERVENÇÃO DO ESTADO

O Advogado criminalista Fernando Augusto Fernandes sustenta que a intervenção do Estado, no caso, pelo poder judiciário, prejudica os usuários do aplicativo e o ambiente de negócios no país, além de proporcionar uma insegurança jurídica e violar os direitos individuais. Neste caso, podemos nos referir ao inciso X, do artigo 5º da Constituição, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nessa esteira, segue o entendimento do doutrinador:

A medida prejudica usuários do aplicativo e o ambiente de negócios do país. Nenhum juiz tem o poder de impedir a comunicação de milhares de pessoas que não estão sob sua jurisdição, já que não somos réus no processo que preside. O máximo que poderia era arbitrar multa financeira que pode ser revisada pelas instâncias judiciais. É mais um ato em que o judiciário brasileiro expõe a insegurança jurídica nacional, que é hostil ao empresariado, ao mercado e aos direitos individuais. O FBI moveu todos os esforços para a Apple quebrar a criptografia do iPhone e não se viu o CEO da empresa ser preso por causa disso. (DECISÃO..., 2016) (grifo nosso)

Essas afirmativas estão em consonância com o que diz o Prof. Pietro de Jesus Lora Alarcon, ao propor uma “Construção da Ciência Jurídica crítica e de uma Dogmática para a transformação e o cumprimento dos fins e valores constitucionais”, quando diz: “se trata de firmar o Direito não apenas como um produto da realidade, mas também como um instrumento útil para a concretização das liberdades e dos direitos sociais a partir de diretivas de atuação emanadas dos valores constitucionais”. (LORA ALARCON, 2014, p. 53)

Pietro questiona: a crise, no plano interno, se registra na gênese da elaboração normativa nas sociedades nacionais? A questão é:

Se contemporaneamente a participação popular é efetiva e a democracia se constrói sobre a base de um debate autêntico, através de canais sólidos que permitem um reflexo concreto das decisões populares nas políticas públicas e nas estruturas de poder, ou se, na verdade, o Estado é dirigido por um número reduzido de agentes econômicos ou de qualquer outra ordem, com incidência real da tessitura e o conteúdo das decisões fundamentais, enquanto canais ou instrumentos formais resultam insuficientes ou pouco efetivos para atender as expectativas de deliberação e participação cidadã. (LORA ALARCON, 2014, p. 100)

Conforme o Advogado Fábio Martins Di Jorge a medida interventiva mancha a imagem do Judiciário em um momento que este busca se aproximar da população através das redes sociais, assim avalia que:

No momento em que vemos com satisfação o Judiciário se apresentando pelas redes sociais, no momento da implementação integral do processo judicial eletrônico, no momento em que juízes fazem acordo e intimações das partes pelo sistema do WhatsApp, enfim, quando sedimentado o princípio da publicidade entre nós, deparamos, infelizmente, com mais uma decisão que viola liberdades individuais e lutas sociais duramente conquistadas. São 100 milhões de usuários prejudicados, negócios e a comunicação de todo o país poderão ser paralisados. (DECISÃO..., 2016) (grifo nosso)

John Locke, segundo Pietro, na obra “Ensaio sobre o Governo Civil” traz a ideia de que:

O Estado está comprometido com o respeito dos direitos individuais e a lei civil deriva da lei natural. Portanto, a primeira deve consagrar que todos os homens são iguais, com direito à vida, à preservação da sua liberdade e à propriedade. Tais direitos são considerados irrenunciáveis, posto que qualquer atitude destinada a

desconhecê-los atenta contra a própria natureza do homem. (John Locke *apud* LORA ALARCON, 2014, p. 97)

Para Alexandre Zavaglia Coelho, especialista em tecnologia e inovação, a decisão do juiz de Lagarto/SE demonstra o desconhecimento do funcionamento do aplicativo, assim vejamos:

Obrigado o WhatsApp a manter o conteúdo de mensagens e gravações seria o mesmo que obrigar as empresas telefônicas a manter conversas gravadas o tempo todo. É inviável operacionalmente e, ao mesmo tempo, pode violar o direito à privacidade. (DECISÃO..., 2016) (grifo nosso)

Ressalte-se, ainda que, atualmente, o Código Penal Brasileiro, nos artigos 154-A e 154-B prevêem os crimes de invasão de dispositivo informático, tutelando, de certa maneira, o direito a privacidade no mundo digital.

Vemos que o Brasil já dá os primeiros passos em direção a regulação da Internet no país, no sentido de tutelar o direito fundamental à privacidade (TJDF, 2009).

Já o criminalista Daniel Bialski alega que há prejuízo da intervenção do Estado com o bloqueio, pois a decisão não só prejudica os cidadãos comuns, no que se refere ao Direito fundamental a comunicação, mas também as comunicações entre os funcionários da Justiça, violando de certa forma o direito líquido e certo a comunicação de atos processuais praticados pelas vias digitais modernas. Neste caso, utilizando-se o aplicativo em questão, assim vejamos:

Esses sistemas servem inclusive para comunicações quase que oficiais, já que a Justiça usa o WhatsApp para comunicar atos, audiências, formalizar acordo etc. Há, inclusive, na Justiça Federal – 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo — portaria que possibilita e regulamenta (portaria 12/15 do Juiz Federal Ali Mazloum) a comunicação de atos processuais pelas vias digitais modernas. Desta maneira, efetivamente, há flagrante ofensa ao direito líquido e certo de todos, e espero que as cortes possam reverter essa arbitrariedade e se possa ser apurado, pelo órgão correicional próprio, a motivação, a correção e a coerência de nova decisão arbitrária, proferida pelo mesmo juiz que antes viu reformada similar decisão. (DECISÃO..., 2016) (grifo nosso)

Para aqueles que não admitem a intervenção do Estado, a violação do Direito fundamental a comunicação, nos termos do artigo 5º da CF é considerada flagrante, seja a comunicação entre cidadãos em suas relações particulares, comerciais ou a comunicação entre os servidores públicos em todo o país, no exercício de suas atividades funcionais. Assim, vejamos o fundamento constitucional protetor do direito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IX - é **livre** a expressão da atividade intelectual, artística, científica e

de **comunicação**, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988) (grifos nossos)

Deve-se ressaltar, ainda, que o aplicativo *WhatsApp* inovou completamente a forma de comunicação entre as pessoas, pois possibilita, em uma só plataforma digital, a troca de informações, rompendo barreiras geográficas, sem restrição de acesso.

O aplicativo se apresenta como democrático na comunicação, especialmente por ser gratuito.

Tanto para aqueles que defendem a intervenção do Estado no presente caso, quanto para aqueles que a rejeitam, o bem comum e o direito coletivo são utilizados como argumento.

O professor Fernando Castelo Branco, coordenador da pós-graduação em Direito Penal Econômico do Instituto de Direito Público de São Paulo, sustenta que a intervenção do Estado nas relações privadas do cidadão prejudica o bem maior que é o da coletividade, assim vejamos:

A decisão tem grandes chances de ser reformada em segunda instância, pois prejudica um “bem coletivo bem maior” do que aquele que ela busca proteger. Contudo, o especialista ressalta que “ordem judicial se cumpre, sob pena de se incorrer no crime de desobediência”. (DECISÃO..., 2016) (grifo nosso)

Sob o prisma da não intervenção, no caso sob exame, há violação do objetivo fundamental constitucional de promover o bem de todos, o bem comum, nos termos do inciso IV, do artigo 3º da Carta Magna.

O professor de Direito, Carlos Aurélio Mota de Souza, da UNESP, sustenta que o bem comum, antes de tudo, contempla o bem supremo das comunidades, o fim mais elevado para o qual tendem as ações sociais do homem, tornando-se critério de elaboração de leis justas. Outra questão muito importante a ser considerada é a de que o bem comum não é a soma dos bens particulares. Assim vejamos sua sustentação:

Uma imagem clássica e clara para a compreensão do conceito de bem comum pode ser encontrada na antiguidade, na obra do filósofo grego Parmênides, que viveu entre o V e o IV século a.C. Parmênides afirma que o “Ser” se apresenta ao mesmo tempo Uno (Todo ou Universal) e Múltiplo (Partes ou Particulares). Por exemplo, em qualquer organismo vivo uma célula é um todo em si mesma, mas contém partes menores que a integram. Um órgão vital é um todo em si, mas parte de um ser maior: o corpo humano. O próprio homem, dotado de vida física, psíquica e espiritual, é um ser completo, uma unidade ou individualidade que não está só, mas convive com outros homens e mulheres e com eles forma outras entidades ou unidades, que podem ser uma comunidade (singular) ou uma coletividade (a sociedade em geral). São um ser-para outros seres. Portanto, as células, os órgãos e

os seres são partes inseridas num todo mais amplo, num Universo, como as sociedades dos povos (o universo político) e o conjunto de planetas (o Universo planetário ou galáctico). Entre o Uno e o Múltiplo subsiste uma relação de complementaridade, uma dialética de vida, pela qual as duas entidades convivem em estado natural – e não podem deixar de conviver, sob pena de perecimento do ser (a falência de um órgão faz o corpo perecer). Assim, o todo tem deveres para com as partes (Justiça distributiva), e as partes em relação ao todo (Justiça social), bem como as partes têm deveres entre si (Justiça comutativa), e ambas têm, reciprocamente, direitos, conforme a teoria aristotélica sobre a Justiça. Além disso, o bem comum se identifica com o Bem supremo, bem geral, bem de todos, interesse público e expressões correlatas. Está contraposto aos bens das partes, ou seja, bens ou interesses particulares, sem os anular, pois um dos fins últimos do bem comum é garantir a cada um a sua perfeição para servir a comunidade.

Segundo Jacques Maritain (em: A pessoa e o bem comum), ele não é sequer “a simples coleção dos bens privados, nem o bem próprio de um todo, que somente diz respeito a si próprio e sacrifica as partes em seu proveito. O bem comum da cidade é sua comunhão no bem-viver; é pois comum ao todo e às partes, sobre as quais ele transborda e as quais devem tirar proveito dele”.

A terceira constatação é de que os governantes devem ter dois olhares: para o interesse geral e para os interesses particulares. O interesse particular não é necessariamente mau, mas, por natureza, é “menos belo e menos divino que o interesse comum”, conforme afirmou Aristóteles em *Ética a Nicômaco*. Em *Política* (III), ele identifica interesse comum com interesse mútuo, por estar fundado na reciprocidade dos serviços prestados. Na politeia, governo da maioria, os homens agem em prol do interesse comum, e as leis da cidade são justas quando assumem como finalidade o bem comum. Para distinguir bem comum de bem particular, Johannes Messner – jurista e político austríaco – associa os conceitos de “ser” e “valor”. “O bem comum” – afirma – “é uma realidade social com categoria supraindividual de ser e valor, em virtude da pluralidade dos membros da sociedade que dela dependem no seu ser humanamente perfeito; o bem particular é uma realidade com categoria de ser e valor suprassocial, própria da pessoa humana”

Essas normas acentuam o caráter do bem comum expresso no dever de solidariedade das partes no interior do todo familiar, por exemplo: o amor, a convivência, assistência, zelo material e moral, enfim, o cuidado com outro. Essa pauta de regras também oferece um conceito central que deve ser entendido como “somos todos irmãos”, fundamento do conceito de fraternidade (de frater, frateris, irmão). Não é uma expressão sentimental ou religiosa, mas uma categoria jurídica consagrada desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao afirmar que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”, ampliada em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao proclamar que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 29, § 1º, afirma que “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

É interessante notar que o conceito de fraternidade não escapou à sensibilidade social dos nossos constituintes: já no preâmbulo da Constituição Brasileira instituíram um Estado democrático de direito destinado a construir uma sociedade baseada em “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, tendo como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I). (DE SOUZA, 2012) (grifo nosso)

O professor Souza, da UNESP, argumenta conclusivamente que o Estado brasileiro é o responsável institucional pelo bem comum da nação e deve garantir o

desenvolvimento, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Ibdem).

Já a Advogada associada do Nelson Wilians e Advogados Associados e professora da Faculdade de Direito da USP, Maristela Basso, critica a postura do magistrado de Sergipe, chamado de justiceiro, ou seja, que a decisão decorre de uma rixa com o grupo que administra o aplicativo WhatsApp, como segue abaixo:

Continua a queda de braço entre o WhatsApp e o juiz de Lagarto. Este que, em vez de fazer Justiça e resolver o caso, prefere retaliar a empresa e prejudicar a todos. O WhatsApp, por seu turno, não entrega as informações que deveria por força de lei, criptografadas ou não. (DECISÃO..., 2016) (grifo nosso)

Ademais vale ressaltar o argumento de violação do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade neste caso em concreto. O Professor Pedro Lenza, em sua obra, elucida com maestria esse Princípio de fundamental importância, que serve de parâmetro nos julgamentos dos magistrados. Assim vejamos seu trabalho:

Ao expor a doutrina de Karl Laenz, Coelho esclarece: “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos, muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”. Trata-se de princípio extremamente importante, especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados. Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos: a) necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; b) adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; c) proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. Finalmente, lembramos dois importantes dispositivos legais que explicitamente adotam o princípio da proporcionalidade (que, no plano constitucional, não está enunciado de modo formal e categórico, mas decorre do devido processo legal, em sua acepção substantiva – artigo 5º, LIV); (LENZA, 2012, p. 159/160) (grifo nosso)

É importante destacar, ainda, que a decisão de bloqueio do WhatsApp pela juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, foi reformada, em sede cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Ricardo Lewandowski assim se pronunciou:

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.

(...)

Assim, nessa análise perfunctória, própria das medidas cautelares, entendo que não se mostra razoável permitir que o ato impugnado prospere, quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre si. (STF, 2016)

CONCLUSÃO

O Brasil apresenta-se como um país com forte intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos. Tal intervenção não vem se mostrando sempre exitosa. Como exemplo, é notória a ineficácia do Estado brasileiro na diminuição do uso excessivo de drogas como problema de saúde pública, tráfico de drogas, de armas, violência no trânsito, homicídios, furtos, roubos, homofobia e, no caso acima apresentado, a questão dos limites adequados na intervenção eficiente na rede mundial de computadores, com o propósito de combater a criminalidade.

Enquanto o Brasil, com uma política intervencionista, ainda sofre com o aumento da incidência dos problemas sociais acima citados, países onde houve a descriminalização das drogas, por exemplo, apresentam menor consumo destas substâncias, diminuição no índice de violência, diminuição no tráfico, diminuição dos problemas de saúde relacionados ao uso de drogas, redução do excesso prisional, além de maior arrecadação de impostos e geração de emprego.

Ainda não há notícias, em outros países, de bloqueios de aplicativos ou de determinação de prisões de administradores de redes sociais por causa do uso de referidos meios por certo grupo de criminosos.

Nos contextos nos quais emanadas as decisões de bloqueio do WhatsApp aqui analisadas, a análise do limite da intervenção do Estado é de fundamental importância, haja vista a necessidade de o Estado observar até que ponto tal tipo de intervenção é eficaz.

Provavelmente, o aprimoramento dos meios de combate à criminalidade e a aplicação de instrumentos mais eficazes na investigação criminal, não passam pelo bloqueio de aplicativos de internet, com prejuízo de milhões de brasileiros.

Por outro lado, o argumento de prejuízo ao direito fundamental à comunicação não se sustenta diante da grande diversidade de meios, inclusive tecnológicos,

disponíveis para o exercício desse direito. O bloqueio de apenas um aplicativo, não é capaz de prejudicar o direito de comunicação dos cidadãos e instituições.

Sem prejuízo da possibilidade de argumentos tanto a favor quanto contra a intervenção do Estado, este deve agir com cautela. O Estado, em caso de intervenção, deve se valer das balizas indicadas pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de observar os direitos fundamentais da comunicação entre os seus cidadãos, visando o bem comum, o bem de todos, enfim, o bem coletivo.

Por fim, é inegável a necessidade de intervenção do Estado na vida dos indivíduos em casos nos quais somente assim seja garantido o bem comum.

É certo que a definição de um limite para intervenção do Estado não se mostra possível. Por isso, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da técnica da ponderação são mecanismos a serem observados pelo Poder Judiciário em casos como o aqui estudado.

A evolução social exige que os operadores do Direito se preparem para as novas realidades, que demandam aberturas de pensamentos e decisões capazes de conciliar os interesses em jogo, sobretudo diante da evolução tecnológica que ocorre em velocidade surpreendente, sem a correspondente evolução da legislação e do pensamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *A estrutura das normas de direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 02 jan. 2016.

_____. *Lei Ordinária Federal nº 8.072, de 25 jul. 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. *Lei Ordinária Federal nº 12.965, de 23 abr. 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

DE SOUZA, Carlos Aurélio Mota. *Bem Comum, bem de todos*. Chave de Leitura Direito, Revista Cidade Nova, nº 10. Publicado em Outubro. 2012. <http://www.mppu.org.br/novo/download/pdf/bem_comum_bem_de_todos.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.

DECISÃO de bloquear WhatsApp é abusiva e desproporcional, dizem advogados. Consultor Jurídico, publicado em 02 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/bloqueio-whatsapp-abusivo-desproporcional-dizem-advogados>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

DESEMBARGADOR do TJ-SE determina desbloqueio do WhatsApp em todo o Brasil. Consultor Jurídico, 03 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/desembargador-tj-determina-desbloqueio-whatsapp>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional.* 16. ed. rev., atual, e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LORA ALARCON, Pietro de Jesús. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade.* São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ROVER, Tadeu. *Juiz determina bloqueio do WhatsApp a partir das 14h desta segunda.* Consultor Jurídico, publicado em 02 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-02/juiz-determina-bloqueio-whatsapp-partir-14h-segunda>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STF. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403 Sergipe. Julgada em 19 jul. 2016. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016.

TJDF. Apelação nº 20789320088070008 DF 0002078-93.2008.807.0008, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/02/2010, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 08/03/2010, DJ-e Pág. 143. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8179588/apelacao-ci-vel-apl-20789320088070008-df-0002078-9320088070008>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

TJRJ. Juíza ordena bloqueio do WhatsApp em todo o país. Notícia publicada pela Assessoria de Imprensa em 19 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/36201>>. Acesso em: 26 set. 2016.

TJSE. *Juiz criminal de lagarto determina suspensão do whatsapp por 72 horas.* Agência de Notícias, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, publicado em 02 mai. 2016. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/agencia/decisoes/item/9187-juiz-criminal-de-lagarto-determina-suspensao-do-whatsapp-por-72-horas>>. Acesso em: 28 jun. 2016.