



SENADO FEDERAL
Advocacia

OFÍCIO Nº 061/2016-PRESID/ADVOSF
(Processo SF nº 00200.007278/2016-27)

Brasília, 6 de junho de 2016.

Excelentíssima Senhora Ministra,

Em resposta ao Ofício nº 7506, de 20 de maio de 2016, por meio da qual Vossa Excelência solicita informações para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527, encaminho as informações elaboradas pela Advocacia do Senado.

Oportunamente, solicito que as futuras intimações sejam efetuadas em nome dos Advogados do Senado Federal: Dr. Alberto Machado Cascais Meleiro (OAB 9.334/DF), Dr. Breno Righi (OAB 110.378/MG) e Dr. Octavio Augusto da Silva Orzari (OAB 32.163/DF).

Atenciosamente,

Assinatura manuscrita em tinta azul, apresentando uma forma estilizada e fluida.

Senador RENAN CALHEIROS
Presidente do Congresso Nacional

A Sua Excelência a Senhora
Ministra **ROSA WEBER**
Referente à ADI nº 5.527
Supremo Tribunal Federal
N E S T A



SENADO FEDERAL
Advocacia

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.527

REQUERENTE: PARTIDO DA REPÚBLICA – PR

INTERESSADOS: CONGRESSO NACIONAL
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Senhor Advogado-Geral,

Trata-se do Ofício nº 7506/2016, de 20 de maio de 2016, em que a Ministra Rosa Weber solicita informações para instruir o julgamento da ADI nº 5.527, ajuizada pelo Partido da República – PR, que tem como objeto os arts. 10, § 2º, e 12, III e IV, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que “*estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*”, também chamada de Marco Civil da Internet.

Transcrevemos os dispositivos impugnados:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

(...)

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

(...)

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 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 art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.





SENADO FEDERAL
Advocacia

(...)

O autor da ação direta aduz que *“o escopo específico da presente ação é o de discutir a constitucionalidade da penalidade de suspensão de aplicações na internet que permitem a troca de mensagens via web em razão de descumprimento de decisão judicial, tendo em vista a função social peculiar desse tipo de serviço prestado, e não de todo e qualquer aplicação ou provedor de internet”*.

Pediu cautelarmente a suspensão da eficácia das normas impugnadas, tendo a ministra relatora aplicado o art. 12 da Lei nº 9.868/99, a fim de que seja exarada decisão definitiva pelo STF.

No mérito, requer *“a declaração de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 12 da Lei n. 12.965/14, bem como a interpretação conforme do art. 10, § 2º, a fim de que seja limitado o seu alcance aos casos de persecução criminal”*.

Subsidiariamente, pede o afastamento da aplicação dos incisos III e IV do art. 12 da referida lei *“aos aplicativos de troca de mensagens virtual”*, por meio da adoção da técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, e que se dê interpretação conforme aos dispositivos, *“condicionando-se, em consequência, a aplicação das sanções de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades somente após as sanções previstas no art. 12, I e II, mostrarem-se frustradas”*.

Os questionamentos quanto à constitucionalidade das normas e os pleitos subsidiários se fundam em alegada ofensa aos arts. 1º, IV; 5º, IX, XII, XXXII, XLV e XLVI; 170, *caput*, e V; e 241 da Constituição da República.

Sustenta que *“a suspensão de tais aplicativos, antes de ser uma punição à empresa responsável, torna-se, em verdade, uma medida que penaliza a própria população em geral, que confia no funcionamento de tais serviços de comunicação para a dinâmica de seus relacionamentos pessoais e profissionais. Assim, em razão de efeitos de rede, quanto mais usuários aderem ao sistema virtual de troca*





SENADO FEDERAL Advocacia

de mensagens, maior o impacto social e econômico de uma medida que suspenda as atividades de um serviço como essas características”.

Alega que o serviço é *sui generis* e que seria necessária aplicação do princípio da continuidade, que o princípio da intranscendência da pena vai além da seara penal, que a livre iniciativa afeta os fornecedores de serviços de mensagens gratuitas *online* e os usuários e que sua suspensão tem impacto econômico, que incide a proteção constitucional ao consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica e que as sanções devem se orientar pelo princípio da proporcionalidade.

Segundo a entidade autora, a aplicação da teoria da amplitude inconstitucional ou *overbreadth doctrine* fundamentaria a declaração de nulidade total dos incisos III e IV do art. 12 do Marco Civil da Internet, ressalvando que o pleito não obsta que a suspensão de serviços de finalidade ilícita, uma vez que o referido art. 12 trata da suspensão ou proibição definitiva em caso de descumprimento de ordem judicial de quebra do sigilo de informações, podendo outras normas, portanto, autorizar tais sanções se verificada ilicitude.

Subsidiariamente, sustenta a adequação da técnica da *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* para excluir tais incisos dos aplicativos de troca de mensagens instantâneas pela *internet* e, após, a pertinência da técnica da *interpretação conforme* para se afirmar a progressividade sancionatória dos incisos do art. 12, condicionando, assim, a aplicação dos incisos III e IV à aplicação prévia dos incisos I e II (advertência e multa). Ainda, a *interpretação conforme* a Constituição, segundo alega a entidade autora, seria cabível para delimitar a interpretação do art. 10, § 2º, da Lei nº 12.965/14, apenas aos casos de persecução criminal.

É o relatório.

I. Da controvérsia constitucional





SENADO FEDERAL Advocacia

A questão jurídica versa sobre a suspensão de serviços veiculados por meio da rede mundial de computadores em razão do descumprimento de ordem judicial.

Vislumbra-se, todavia, uma questão mais de interpretação do que de afronta direta ao texto constitucional pelas normas emanadas do Congresso Nacional.

A petição inicial compila, ao tratar da controvérsia constitucional, decisões judiciais em que foi determinada a suspensão de aplicativos de troca de mensagens *online* fundadas em desobediência de ordem judicial para fornecimento de informações. As decisões judiciais que constam da inicial foram exaradas no bojo de procedimentos de investigação criminal.

De plano, vê-se que as decisões citadas não contrariam o art. 5º, XII, da Constituição da República, que possibilita a quebra do sigilo de comunicações para fins de investigação ou processo criminal. A entidade autora defende a intervenção do controle concentrado de constitucionalidade, que acarreta efeitos gerais e abstratos, partindo de casos práticos que aplicaram a penalidade de suspensão dos serviços.

As decisões judiciais de primeiro grau que ilustram a petição inicial, todavia, foram reformadas em grau superior. Teve efeito, nos casos, a correção de decisões judiciais de órgão inferior por órgão superior, fazendo-se valer não somente o efeito devolutivo dos recursos, mas também a estrutura constitucional de organização do Poder Judiciário e o princípio do duplo grau de jurisdição.

A petição inicial pleiteia a nulidade de normas recentes e que ainda dependem de avaliação, maturação e consolidação jurisprudencial. Deve-se ponderar que as normas discutidas, deliberadas e aprovadas pelo Poder Legislativo são presumidamente constitucionais e que toda inovação no ordenamento jurídico implica discussão acerca da sua aplicação e conseqüente acomodação interpretativa da sociedade e dos responsáveis pela função jurisdicional.





SENADO FEDERAL Advocacia

Note-se que a interpretação defendida na presente ação direta foi obtida pelos órgãos superiores judiciais que reformaram as decisões de suspensão dos serviços. Pode-se inferir que o Judiciário se direciona para a interpretação defendida pelo autor da ação.

Assim, os órgãos judiciais superiores apresentam entendimento consentâneo com o defendido na inicial e, a depender das questões e recursos que sejam interpostos, a presente discussão pode chegar ao Supremo Tribunal Federal pelo controle difuso de constitucionalidade, que conta com institutos como a repercussão geral e edição de súmulas vinculantes que geram reflexos sobre as decisões concretas do primeiro grau de jurisdição.

Ao que nos parece, a questão não é de invalidade das normas discutidas e aprovadas pelo Poder Legislativo, mas de interpretação de tais normas. Ou seja, os dispositivos em si não são incompatíveis com o texto constitucional, até porque passam pelo crivo do controle prévio de constitucionalidade, mas o uso que se faz deles é que devem ser compatibilizados ao texto constitucional nos casos práticos. Como visto, o grau superior de jurisdição reformou as interpretações ditas inconstitucionais e, portanto, já há precedentes na linha da interpretação que pretende a entidade autora da presente demanda objetiva.

Quando discute e elabora um conjunto de normas, o Congresso Nacional, juntamente com os demais autores do processo legislativo, todos os interessados e a sociedade em geral, pensa na construção de um sistema e na interpretação teleológica. No caso do Marco Civil da Internet, impende lembrar que foi lei de iniciativa do Poder Executivo, que discutiu sua gênese, formatação e conteúdo com a sociedade antes mesmo de encaminhar ao Congresso Nacional.

Interpretações pontuais reformadas e tidas por inconstitucionais não podem servir para a defesa da nulidade das normas como um todo.





SENADO FEDERAL Advocacia

A legitimidade, juridicidade e constitucionalidade das normas emanadas do Congresso Nacional devem ser reforçadas com uma interpretação sistemática e teleológica, tal como proposta pelo órgão máximo da representação democrática brasileira.

Vejamos, primeiramente, que as normas em tela se inserem no Capítulo Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet e na Seção Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas.

A Seção citada dispõe sobre uma parte fundamental do Marco Civil da Internet: a proteção e garantia da intimidade, privacidade, honra e imagem dos usuários de internet e preceitua que, por mais que existam empresas globais, a lei brasileira protege seus cidadãos e se aplica incondicionalmente no território nacional. Essa é a tônica dada pelo Congresso Nacional: a proteção dos cidadãos.

Então, se uma empresa, de qualquer natureza ou nacionalidade, ameaçar ou ferir a intimidade, privacidade, honra e imagem dos brasileiros usuários de internet no que tange à “*guarda, disponibilização dos registros de conexão e de acesso de aplicações de internet, guarda e disponibilização de dados pessoais e conteúdo das comunicações privadas*” (*caput* do art. 10 da Lei nº 12.965/14) fica sujeita às sanções do art. 12 da Lei nº 12.965/14. Até porque o art. 7º consigna que o acesso à internet é essencial à cidadania e prevê direitos dos usuários.

A *mens legis* não é a de possibilitar a suspensão ou proibição das atividades de empresa que não fornece dados diante de ordem judicial. Essa questão é tratada em leis próprias. Tanto isso é sistemática e teleologicamente coerente que os tribunais cassaram as decisões judiciais que deram ensejo à presente ação direta.

O Marco Civil da Internet se destina à tutela da privacidade e intimidade, como direitos fundamentais que são, no ambiente da internet, cujo acesso, nos dias de hoje, apresenta-se como vital para o exercício da cidadania.





SENADO FEDERAL Advocacia

Como visto, a Seção referida congrega três artigos, cingindo-se a aplicação do art. 12 ao que lhe antecede. Visto o art. 10 da Lei nº 12.695/14, acima abordado, dispõe o art. 11, ao qual há direta remissão nos incisos III e IV do art. 12, *in verbis*:

Art. 11. 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 ocorra 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.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no **art. 11**; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos **previstos no art. 11**.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.





SENADO FEDERAL Advocacia

Como se observa, a interpretação apontada como equivocada dos dispositivos por juízes singulares (o que é compreensível diante da nova legislação e ausência de consolidação jurisprudencial da interpretação) se depararam com a nova legislação, não pode reduzir a proteção a direitos fundamentais dos usuários de internet.

Neste ponto, deixa de subexistir a alegação de pertinência da teoria da amplitude inconstitucional ou *overbreadth doctrine*. Pelo contrário, a nulidade dos incisos III e IV enfraqueceria a finalidade protetiva do Marco Civil da Internet, se interpretado de acordo com a máxima efetividade das normas constitucionais.

Prosseguindo-se na interpretação sistemática de Lei nº 12.695/14, note-se o que estabelece o art. 8º, *in verbis*:

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.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Mais uma vez, depreende-se a função preventiva e protetiva da intimidade e privacidade dos incisos III e IV do art. 12 da Lei nº 12.695/14. Esta lei regulamenta os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e a regulamentação do art. 5º, XII, da Constituição da República, é realizada pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, além de outras que tangenciam o tema de acesso a dados cadastrais, como a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Por fim, e mais uma vez demonstrando que a presente ADI trata de uma questão de interpretação e não de afronta direta pelos dispositivos à Constituição da





SENADO FEDERAL Advocacia

República, mister se faz mencionar manifestações do Comitê Gestor da Internet¹ especificamente sobre duas das decisões judiciais trazidas no bojo da presente ADI. Seguem as manifestações:

1)

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), ao tomar conhecimento, através da imprensa, de trechos da decisão judicial proferida em regime de segredo de justiça pelo Exmo. Dr. Luiz Moura Correia, Juiz da Central de Inquéritos de Teresina (PI), determinando às empresas prestadoras de serviço de acesso à Internet, fixa ou móvel (provedores de acesso e conexão) a suspensão temporária, em todo o território nacional, do acesso aos domínios whatsapp.net e whatsapp.com, “bem como todos os seus subdomínios e todos os outros domínios que contenham whatsapp.net e whatsapp.com em seus nomes e ainda em todos os números de IP (Internet Protocol) vinculados aos domínios já acima citados (inclusive a limpeza de cache desses domínios)”¹, vem a público esclarecer o seguinte:

1) 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 (Resolução CGI.br/Res/2009/03/P);

2) o Art. 3o, inciso VI, da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), preconiza que os agentes que integram o complexo ecossistema da Internet somente serão responsabilizados nos limites das atividades que desempenham;

¹ Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003:

Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGIbr, que terá as seguintes atribuições:

I - estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil;

II - estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o Governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (*Internet Protocol*) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (*ccTLD - country code Top Level Domain*), ".br", no interesse do desenvolvimento da Internet no País;

III - propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à Internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

IV - promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet, bem assim para a sua crescente e adequada utilização pela sociedade;

V - articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à Internet;

VI - ser representado nos fóruns técnicos nacionais e internacionais relativos à Internet;

VII - adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

VIII - deliberar sobre quaisquer questões a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de Internet do País; e

IX - aprovar o seu regimento interno.





SENADO FEDERAL

Advocacia

3) o Art. 18 da referida lei estabelece que “o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”;

4) e também o Art. 12 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) prevê um conjunto de sanções (advertência, multa, suspensão temporária e proibição de exercer atividades no Brasil) que devem ser aplicadas de forma gradativa e devem ser estritamente dirigidas àqueles atores que não cumpram as regras relativas à proteção de registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas.

Por todo o exposto, o CGI.br reconhece a decisão do Exmo. Dr. Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, do Tribunal de Justiça do Piauí (TJ-PI), que cassou liminarmente os efeitos da decisão de primeira instância, destacando, em sua fundamentação, o princípio da inimizabilidade da rede constante do Decálogo de Princípios para a Governança e o Uso da Internet do Comitê Gestor da Internet no Brasil, que serviu de base para o estabelecimento dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, estabelecidos no Marco Civil da Internet, a Lei Federal 12.965 de 23 de abril de 2014.

¹<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2015/02/juiz-do-piaui-manda-btirar-whatsapp-do-arb-no-pais-inteiro.html>
<http://www.cgi.br/esclarecimento/notas-de-esclarecimento>

2)

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), ao tomar conhecimento de trechos da decisão judicial proferida em regime de sigilo de justiça pela Exma. Juíza da 1ª Vara Criminal do Foro de São Bernardo do Campo (SP), determinando às empresas prestadoras de serviço de acesso à Internet, fixa ou móvel (provedores de acesso e conexão) a suspensão pelo prazo de 48 horas, em todo o território nacional, do acesso através dos serviços da empresa aos domínios: whatsapp.net e whatsapp.com e subdomínios existentes relativos a estes aplicativos, devendo bloquear o tráfego de qualquer conteúdo que contenham tais domínios e, ainda, todos os números de IP vinculados aos domínios e subdomínios, inclusive a limpeza de cachê desses domínios, entre outras providências.

VEM A PÚBLICO

Esclarecer que o art. 12 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) autoriza tão somente a suspensão temporária das atividades que envolvam os atos elencados expressa e taxativamente no art. 11 do mesmo diploma legal: "a operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet". Nesse sentido, o teor do art. 12 do Marco Civil da Internet não se refere à aplicação extensiva da lei para que se determine a suspensão total e irrestrita das atividades de empresas prestadoras de serviços e aplicações Internet.





SENADO FEDERAL Advocacia

Além disso, o Comitê aproveita a oportunidade para reiterar os termos da Nota divulgada em 3 de março de 2015, em que se manifestou sobre caso análogo ocorrido no estado do Piauí, com especial destaque para as seguintes questões:

1) o Art. 12 da Lei 12.965/2014 prevê um conjunto de sanções (advertência, multa, suspensão temporária e proibição de exercer atividades no Brasil) que devem ser aplicadas de forma gradativa e devem ser estritamente dirigidas aos atores que não cumpram as regras relativas à proteção de registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas.

2) 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 (Resolução CGI.br/Res/2009/03/P);

3) o Art. 3o, inciso VI, do Marco Civil da Internet preconiza que os agentes que integram o complexo ecossistema da Internet somente serão responsabilizados nos limites das atividades que desempenham; e

4) o Art. 18 da referida lei estabelece que “o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

É de entendimento do CGI.br que a suspensão indiscriminada de atividades e serviços – bem como a oneração de um conjunto difuso e indeterminado de usuários da Internet no Brasil e nos países vizinhos que se valem da infraestrutura e dos serviços prestados por empresas brasileiras –, não conta com o respaldo do Marco Civil da Internet para seu embasamento legal.

Por todo o exposto, o CGI.br reconhece o empenho por parte das prestadoras e operadoras de telecomunicações e de redes do país, em atender, nos termos da lei, a referida ordem judicial, apesar de não fazerem parte da ação que a resultou; e saúda a decisão do Exmo. Dr. Xavier de Souza, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que cassou liminarmente os efeitos da decisão de primeira instância, normalizando o funcionamento do aplicativo WhatsApp, como medida de razoabilidade. Com isso, realinhou-se a prestação jurisdicional ao princípio da inimizabilidade da rede constante do Decálogo de Princípios para a Governança e o Uso da Internet do Comitê Gestor da Internet no Brasil, que serviu de base para o estabelecimento dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no país, estabelecidos no Marco Civil da Internet, a Lei Federal 12.965 de 23 de abril de 2014.

<http://cgi.br/esclarecimento/nota-de-esclarecimento-dezembro-2015>

O Marco Civil da Internet representa a vanguarda brasileira no tema e deve ser constitucional e adequadamente interpretado e aplicado, tal como discutido, deliberado e aprovado pelo Congresso Nacional.





SENADO FEDERAL Advocacia

Por todo o exposto, não se vislumbra inconstitucionalidade material dos dispositivos questionados, motivo pelo qual as normas devem ser mantidas no ordenamento jurídico.

II. Da pretensão de interpretação conforme

O pedido subsidiário de interpretação conforme a Constituição deve ser visto com a ressalva de não tornar o órgão julgador legislador.

Ainda, deve-se ser usado com cautela para que não se torne instrumento de interpretação movida por interesses particularizados em detrimento da generalidade e abstração inerente aos atos normativos primários, os quais, inclusive, têm em seu favor a presunção relativa de constitucionalidade.

Em outras palavras, diante da prolixidade do texto constitucional, a alegação de uma suposta inconstitucionalidade, sem ofensa direta à Constituição, não pode dar azo à obtenção de um provimento interpretativo que restrinja a generalidade e abstração do texto, que, desse modo, transformaria o julgador constitucional em legislador positivo.

Afinal, como ponderou Moreira Alves, no *leading case* sobre o tema, Representação nº 1.417, de 4 de dezembro de 1987, grifos nossos:

O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO (VERFASSUNGSKONFORME AUSLEGUNG) E PRINCÍPIO QUE SE SITUA NO ÂMBITO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE, E NÃO APENAS SIMPLES REGRA DE INTERPRETAÇÃO.

A APLICAÇÃO DESSE PRINCÍPIO SOFRE, POREM, RESTRIÇÕES, UMA VEZ QUE, AO DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE UMA LEI EM TESE, O S.T.F. - EM SUA FUNÇÃO DE CORTE CONSTITUCIONAL - ATUA COMO LEGISLADOR NEGATIVO, MAS NÃO TEM O PODER DE AGIR COMO LEGISLADOR POSITIVO, PARA CRIAR NORMA JURÍDICA DIVERSA DA INSTITUÍDA PELO





SENADO FEDERAL
Advocacia

PODER LEGISLATIVO. POR ISSO, SE A ÚNICA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL PARA COMPATIBILIZAR A NORMA COM A CONSTITUIÇÃO CONTRARIAR O SENTIDO INEQUÍVOCO QUE O PODER LEGISLATIVO LHE PRETENDEU DAR, **NÃO SE PODE APLICAR O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, QUE IMPLICARIA, EM VERDADE, CRIAÇÃO DE NORMA JURÍDICA, O QUE É PRIVATIVO DO LEGISLADOR POSITIVO.**

- EM FACE DA NATUREZA E DAS RESTRIÇÕES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, TEM-SE QUE, AINDA QUANDO ELA SEJA APLICÁVEL, O É DENTRO DO ÂMBITO DA REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, NÃO HAVENDO QUE CONVERTER-SE, PARA ISSO, ESSA REPRESENTAÇÃO EM REPRESENTAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO, POR SEREM INSTRUMENTOS QUE TEM FINALIDADE DIVERSA, PROCEDIMENTO DIFERENTE E EFICÁCIA DISTINTA.

Deve-se, em suma, ter em mente que toda lei deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional, afinal é a norma suprema, e a interpretação das normas que constam dos arts. 10, § 2º, e 12, III e IV, da Lei nº 12.965/14, que disciplinam o uso da internet tendo como norte principal a proteção da intimidade e privacidade dos cidadãos, são compatíveis com os princípios e regras constitucionais e com a estrutura do sistema de Justiça Criminal brasileiro, devendo-se preservar a *mens legis*, tal como emanada do Poder Legislativo.

III. Dos Limites da jurisdição constitucional. *Self-restraint* das cortes constitucionais. Da afronta à cláusula pétrea da separação dos Poderes.

Tendo em vista o papel democrático e representativo do Poder Legislativo, deve-se revisitar a legitimidade da jurisdição constitucional enquanto instância revisora das decisões políticas democraticamente tomadas pelo Poder Legislativo, que é o intérprete primeiro do texto constitucional e, certamente, o mais representativo da pluralidade e da complexidade das sociedades contemporâneas.





SENADO FEDERAL Advocacia

A questão em tela defluiu, como demonstram os casos práticos apresentados e as diversas leis vigentes sobre o tema, de questões relevantes para a investigação criminal e de estruturação dos órgãos participantes da persecução penal diante da realidade das comunicações via *internet* e das preocupações atinentes à privacidade do indivíduo. Sensíveis a todos esses pontos, os poderes atores do processo legislativo aprovaram a lei.

A análise crítica da jurisdição constitucional não pode desconsiderar que o direito constitucional dos países ocidentais sofreu significativa transformação nas últimas décadas. Essas modificações podem ser estudadas a partir de três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

Na Europa ocidental, o marco histórico foi o constitucionalismo do pós-guerra, que redefiniu o papel da Constituição e sua influência nas demais instituições. A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia fez surgir uma nova forma de organização política denominada Estado Democrático de Direito. No Brasil, o marco histórico assenta-se na redemocratização e na elaboração e promulgação da Constituição da República de 1988.

Como marco filosófico, tem-se o pós-positivismo, consubstanciado na superação dos modelos puros do jusnaturalismo (princípios de justiça universalmente válidos) e do positivismo (equiparação do Direito à lei, dissociando-o de discussões como justiça e legitimidade), por um conjunto difuso e abrangente de ideias no qual se verifica uma reaproximação do Direito com a ética e com a filosofia. Após a queda dos regimes totalitários europeus (nazismo e fascismo), iniciou-se um processo de reflexão da função social do Direito e da sua interpretação, com a superação da legalidade estrita e a busca por teorias de justiça, sem, contudo, desconsiderar o direito posto.

Por fim, como marco teórico tem-se o neoconstitucionalismo, alicerçado sobre três grandes paradigmas na aplicação do direito constitucional: a força normativa da





SENADO FEDERAL Advocacia

constituição (normas constitucionais como normas jurídicas dotadas de imperatividade), a expansão da jurisdição constitucional (constitucionalização dos direitos fundamentais) e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, da interpretação conforme, da razoabilidade, da unidade e da efetividade).

Sob esses paradigmas, os Estados constitucionais promoveram uma significativa expansão do papel do Poder Judiciário, que não mais aplica as normas contidas nas leis, mas se investe do poder de criar as normas jurídicas a partir dos diversos métodos de interpretação dos textos legais.

Ocorre que, levada ao extremo, a expansão da jurisdição constitucional propiciará ao Poder Judiciário investir-se da função de realizar escolhas entre as concretizações politicamente possíveis, inclusive quando as normas constitucionais não ordenam nem proíbem nada acerca dos direitos fundamentais, aparentemente desconsiderando a legitimidade democrática ínsita ao corpo legislativo.

Noutras palavras, a materialização da Constituição tem franqueado ao juiz constitucional um âmbito de discricionariedade que, num modelo de Constituição composto apenas de regras de competência e de limites ao poder, era exclusivamente reservado ao legislador.

Nesse sentido, a problemática da efetividade das normas constitucionais tem se deslocado do âmbito da legislação para o âmbito da decisão judicial, **minimizando o espaço político e jurídico do legislador na conformação dessas normas e, conseqüentemente, tornando menos importante qualquer aprofundamento teórico acerca da teoria da legislação.**

Se, por um lado, o neoconstitucionalismo impõe uma releitura do princípio da separação de poderes, o qual, em sua concepção clássica, impunha rígidos limites à





SENADO FEDERAL Advocacia

atuação do Poder Judiciário, também é verdade que **a excessiva judicialização na defesa de direitos e valores constitucionais relativiza as concepções estritamente majoritárias do princípio democrático**, endossando uma concepção substancial de democracia que legitima amplas restrições ao Poder Legislativo.

O modelo neoconstitucionalista não pode ignorar que **o pluralismo constitucional constitui um amplo espectro de diversidades que se institucionalizam como alternativas jurídicas**. Nesse sentido, a tese da força irradiante das normas constitucionais, caso levada às últimas consequências, **pode acarretar a total conformação da própria atividade legiferante**, retirando do legislador qualquer espaço de atuação sob o argumento de que todos os espaços já estão constitucionalmente regulados.

O ideal de uma constituição onipresente e expansiva pode se revelar incompatível com um modelo de constitucionalismo aberto e com a compreensão da democracia como um processo permanente de conjecturas e de submissão a refutações, no qual o legislador e os demais atores políticos desfrutam de um espaço aberto para a crítica, para o debate e para a busca de alternativas institucionais aptas a resolver os problemas que não foram previamente decididos no plano jurídico-constitucional.

O Estado Democrático de Direito pressupõe um corpo legislativo legitimado a tomar decisões políticas em nome da comunidade. Sendo assim, o viés judicialista deve ser criticamente analisado, porque os juízes não são democraticamente eleitos como o são os parlamentares e porque a democracia pressupõe que a maioria das decisões políticas seja tomada mediante a participação igualitária dos cidadãos na esfera pública. **O Parlamento revela-se ainda o espaço mais amplo e pluralizado para essa prática discursiva.**

Embora em alguns casos as normas constitucionais, especialmente as instituidoras de direitos e garantias fundamentais, possuam densa significação fundamental, restando ao legislador atribuições de significado instrumental ou procedimental, noutros





SENADO FEDERAL Advocacia

casos o constituinte utiliza-se de formas menos precisas, de modo que a atividade legislativa assume um caráter substancializador ou definidor do próprio conteúdo da norma constitucional.

De fato, o postulante pretende, com esta ADI, alterar a decisão prevalecente no Congresso Nacional, **transformando o Supremo Tribunal Federal em instância revisora do político, no caso, da política criminal.**

A interpretação pretendida ou a nulidade das normas pela declaração de inconstitucionalidade não pode se dar pelo controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de banalizar a própria jurisdição constitucional, que não pode ser tida como panaceia para a viabilização todas as soluções jurídicas discutidas no âmbito social ou em cada processo *in concreto*.

Nesse contexto, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal reconheça que, num Estado Constitucional, as Cortes Constitucionais devem atentar para a necessidade de autocontenção (*self-restraint*) na revisão e na interpretação dos atos legislativos, sob o risco de se investirem de um suprapoder, desnaturando o pacto constituinte fundado na harmonia e na independência entre os poderes.

Ainda que o embate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, sobre quem seria o guardião da Constituição, tenha se resolvido com a preponderância da jurisdição constitucional em detrimento do soberano (do Presidente do *Reich*), permanecem atuais as preocupações de Schmitt acerca da destruição do Estado Democrático pelo Estado Constitucional.

Segundo o autor, a Constituição é a consagração de *decisões políticas fundamentais* e as opções sistêmicas nela contidas – separação de poderes, sistema parlamentar unicameral ou bicameral, maior rigidez ou flexibilidade do poder de reforma constitucional – expressam as opções mediante as quais uma sociedade política se configura em uma determinada ordem política.





SENADO FEDERAL Advocacia

Desse modo, tais pactos jurídico-constitucionais, que se mesclam, indissociavelmente com a noção moderna de nação, não podem ser subvertidos ou ignorados pelos poderes políticos, no exercício das suas funções, até porque o contrário seria um paradoxo inaceitável, na medida em que esses pactos é que são a fonte que valida tais poderes.

Nesse sentido, Otto Bachof advertiu sobre os riscos de catástrofe quando as sentenças constitucionais afiguravam-se *politicamente inexatas ou falsas*. Isto porque nas sociedades democráticas o dado medular é representado pela distribuição e pelo equilíbrio do poder consignado a diferentes setores do Estado, aos quais se reconhecem certas atribuições que devem sempre ser exercidas conforme precisos procedimentos e sempre ajustados a determinados limites.

Portanto, as diretivas em comento assinalam que **a interpretação constitucional deve orientar-se no sentido de conservar e fortalecer a unidade e o regime político que a sociedade estabeleceu em sua lei fundamental.**

Esta funcionalidade do regime político está indissociavelmente ligada ao equilíbrio entre os Poderes constitucionais, de modo a buscar entre estes a *cooperação* e não o *choque*, além da imperiosa necessidade de evitar a expansão de um destes Poderes em prejuízo do outro.

Assim é que a doutrina, identificando este *pouvoir neutre* – segundo Benjamin Constant – nas repúblicas modernas como o órgão ao qual se confiou o controle de constitucionalidade exige deste mesmo órgão, no exercício de suas competências, o respeito ao quadro político de Poderes, órgãos, competência e relações institucionais desenhados pela Lei Maior. Esta defesa se processará frustrando quaisquer intentos – ainda que originários de disfunções oriundas da própria Corte Constitucional – de violentar os freios e os contrapesos – *checks and balances*.





SENADO FEDERAL Advocacia

O objetivo é obter-se, sempre, a **máxima funcionalidade do regime político constitucional**. Isso não implica a absoluta soberania do Parlamento, mas o **reconhecimento de que o Parlamento**, casa política que encarna o *sistema de representação política* consagrado desde a Grécia Clássica, **representa a vontade popular em ação - articulando, desarticulando, construindo, demolindo e reconstruindo - a vivência sociopolítica e espelhando, da melhor maneira até hoje alcançável, o querer dos cidadãos.**

No caso em tela, por exemplo, o *locus* primordial e democrático do debate é o Congresso Nacional e nada obsta que nele seja realizado, diante do pluralismo político que a República tem como fundamento.

Assim é que se sustenta que os Tribunais Constitucionais têm, como função, não introduzir novas dificuldades no sistema político-constitucional, econômico e social, mas sim o de afastar os porventura existentes. A justiça constitucional, para estes autores, deve sempre facilitar, não obstaculizar.

Portanto, espera-se do exegeta jurídico que opte pelas alternativas de julgamento que preservem e afiancem o sistema político fixado no pacto político nacional e que, ademais, ao agir, sopesse, sempre, as consequências políticas de suas sentenças, tendo em vista a precisa distribuição das forças políticas parlamentares, suas necessidades e interesses, aos quais o Poder Judiciário não pode pretender substituir.

O pedido de anulação de normas levado ao STF pode levar à alteração da política de proteção à privacidade democraticamente aprovada e à afronta da separação de poderes como cláusula pétreia constitucional (art. 60, § 4º, II, da CR). Mais uma razão para o indeferimento da presente ADI.

IV. Conclusão e pedido





SENADO FEDERAL
Advocacia

Ante ao exposto, deve-se preservar a função legislativa na estruturação da separação dos poderes, na formulação e estruturação da política de privacidade na *internet*, a presunção de constitucionalidade das leis e a conformação legislativa dos institutos e sanções jurídicas positivadas.

Assim, requer-se a total improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527.

Brasília, 6 de junho de 2016.

OCTAVIO AUGUSTO DA SILVA ORZARI
Advogado do Senado Federal

DE ACORDO. Ao Advogado-Geral.

BRENO RIGHI
Advogado do Senado
Coordenador do Núcleo de Processos Judiciais

APROVO. Encaminhe-se ao Exmo. Senhor Presidente do Senado Federal como sugestão destinada ao atendimento do Ofício nº 7506/2016, de 20 de maio de 2016, da ministra do STF Rosa Weber, para instrução da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527-DF.

Brasília, 6 de junho de 2016.

ALBERTO CASCAIS
Advogado-Geral

