

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE RICARDO LEWANDOWSKI

REFERÊNCIA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 5527/DF

PARTIDO DA REPÚBLICA - PR, devidamente qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, por seus advogados, à presença de Vossa Excelência, expor e requerer o que se segue.

Como se sabe, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade foi ajuizada no dia 13 de maio de 2016. Na oportunidade, o ora requerente arguia que já haviam sido tomadas pelo menos 3 (três) decisões judiciais inconstitucionais que ordenaram a suspensão do serviço do aplicativo denominado *WhatsApp* em todo território nacional, a saber, (1) uma oriunda do MM. Juiz da Central de Inquéritos de Teresina/PI, no bojo da ação n. 0013872-87.2014.8.18.0140, em fevereiro de 2015, (2) outra proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo/SP, no bojo do procedimento de Interceptação Telefônica nº. 0017520-08.2015.8.26.0564, e a última (3), por determinação do MM. Juiz Titular da Vara Criminal de Lagarto-SE.

Em todos os casos, as decisões dos referidos Juízes de 1º grau foram suspensas e/ou cassadas pelos respectivos Tribunais Estaduais.

Não obstante, já à época do ajuizamento da ADIN nº 5527/DF, o ora requerente alegava, no que toca à necessidade de concessão de medida cautelar, que o “*perigo de dano irreparável deflui da possibilidade de que novas decisões judiciais fundadas nos dispositivos legais em comento sejam proferidas, causando a suspensão de serviços de comunicação amplamente utilizados pela população brasileira*”.

Conforme antevisto, na data de hoje (19.07.2016), há nova decisão judicial determinando a suspensão do serviço do aplicativo denominado *WhatsApp* em todo território nacional¹. Nessa oportunidade, a MM. Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, Daniela Barbosa Assunção de Souza, a partir de circunlóquio fático bastante semelhante aos

¹ <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/07/19/whatsapp-pode-ser-bloqueado-no-brasil-novamente-diz-tv.htm>; <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-comeca-ser-bloqueado-relatam-usuarios-de-redes-sociais.html>.

outros 3 (três) casos anteriormente mencionados, determinou a suspensão do serviço do aplicativo de mensagens WhatsApp em todo o Brasil.

Tal decisão, como se vê, corrobora o *periculum in mora* da ausência de decisão por parte de Supremo Tribunal Federal, mormente pelo fato de a manutenção da eficácia normativa dos incisos III e IV do art. 12 da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, permitir, a todo tempo e sobre os mais díspares argumentos, novas decisões como as já mencionadas pelo requerente.

II – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PEDIDO

Em breve síntese, o ora requerente arguiu, no bojo da ADIN em referência, a inconstitucionalidade das medidas previstas nos incisos III e IV do art. 12 da Lei n. 12.965/14, em virtude de:

- i) o iminente risco do ordenamento de quebra de sigilo em casos banais, inclusive fora do âmbito da persecução penal, pelo que se exigiria, urgentemente, que os dispositivos impugnados fossem interpretados conforme o art. 5º, XII, da Constituição da República²;
- ii) que, por força dos princípios da livre comunicação e da continuidade do serviço público, haja vista atividade desenvolvida por empresas de comunicação, via internet atraí inequívoco interesse público, se impõe efetiva proteção constitucional aos

² “(...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

mecanismos de troca de mensagens *online*, os quais não podem ser interrompidos pelo Estado por questões de menor importância³, sobretudo porque afetam, sobremaneira e, principalmente, a população de mais baixa renda;

iii) que a sanção de suspensão dos serviços de troca de mensagens *online* acaba apenando não apenas a empresa responsável pelo aplicativo, mas principalmente os seus usuários, o que é proscrito pela eficácia normativa dos princípios constitucionais da intranscendência e da individualização da pena, os quais, como já decidiu este Supremo Tribunal Federal, não tem aplicação restrita ao âmbito penal, devendo reger a aplicabilidade de qualquer norma sancionadora.

iv) que, no espectro do princípio da livre iniciativa, mais especificamente em sua segunda dimensão, os dispositivos impugnados acabam por tolher o uso dos aplicativos de troca de mensagens instantâneas de muitos indivíduos e empresas que se valem de tal meio desenvolver o seu negócio, notadamente pelo fato de a suspensão ser totalmente indiscriminada.

v) que, sob outro ângulo, a perda ou a conquista de usuários de um ou outro aplicativo será resultante não da melhor ou pior qualidade no oferecimento de serviços de comunicação, mas sim de fator

³ O princípio da continuidade do serviço de interesse público está implicitamente previsto no art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal, ao obrigar a concessionária a manter serviço adequado, e explicitamente no art. 241, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 189/98, que, ao tratar de convênios entre entes administrativos, preceitua que “*a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*”.

exógeno à dinâmica concorrencial do mercado. Noutras palavras, a demanda por determinado produto passou a ser ditada pela atuação do Poder Judiciário;

vi) que, de maneira peculiar, considerando-se a aplicação concreta dos dispositivos aqui impugnados, é o próprio Estado quem, atuando de modo a afetar milhares de brasileiros e causando prestação deficiente do serviço colocado à disposição destes, atua de forma atentatória à defesa do consumidor;

vii) que, à evidência, a Lei nº 12.965/14 dá margem a medida totalmente *desproporcional* - e, por consequência, inconstitucional -, cuja finalidade é punir as camadas mais frágeis da relação de consumo: os consumidores de baixa renda, que encontraram nos aplicativos gratuitos alternativas aos serviços de telecomunicação extremamente caros. Assim, não pode se perder de vista que a total falta de razoabilidade da sanção, que atinge direitos de terceiros-usuários que sequer são os sujeitos da norma sancionadora, tem afetado, de maneira abrupta, o direito à livre comunicação dos indivíduos, sem que se estes tenham qualquer relação com o fato apenado, pelo que a medida demonstra-se, *prima facie*, desproporcional;

III - DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

A Lei n. 9.868/99, no §3º de seu art. 10, autoriza que, no período de recesso, seja concedida monocraticamente medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade para suspender a eficácia da norma impugnada

quando estiverem presentes os requisitos autorizadores da cautelar, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iures*.

Acerca do *periculum in mora*, que já havia sido apontado inicialmente no bojo da peça exordial, é certo que a nova prolação de decisão que determinou a suspensão do serviço do aplicativo denominado *WhatsApp* em todo território nacional acabou por reforçá-lo e por demonstrar a patente necessidade de atuação desta colenda Corte para se evitar iminente e concreto risco de decisões no mesmo sentido, as quais já se demonstraram flagrantemente inconstitucionais.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o Partido da República (PR), exercendo seu dever cívico de suscitar questões com o fito de tutelar a ordem constitucional objetiva, requer:

- a) A concessão da medida cautelar, a fim de que seja adotada a técnica de declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 12, III e IV, da Lei nº. 12.965/14, de forma a afastar a sua aplicação aos aplicativos de troca de mensagens virtuais; suspendendo-se qualquer decisão judicial que venha a ordenar o bloqueio de serviços de comunicação de mesma natureza.

P. deferimento.

Brasília, 19 de julho de 2016.

PEDRO IVO VELLOSO CORDEIRO
OAB/DF n. 23.944

ALVARO DA SILVA
OAB/DF n. 32.401