



A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil

Data protection in the consumers: reflexion over paths to effectiveness in Brazil

CATARINE GONÇALVES ACIOLI¹

Professora de Direito Constitucional e de Direito Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* em Direito no Estado de Alagoas.

RESUMO: O presente trabalho busca encontrar soluções para a problemática em torno da efetividade do direito à proteção dos dados nas relações de consumo praticadas no meio eletrônico. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro tem ofertado tratamento jurídico insuficiente para o referido direito fundamental, tanto por ter dificuldade em reconhecer as novas necessidades e particularidades desse direito, como por não ofertar atenção ao cumprimento da função de proteção e promoção a ele relacionadas. Cumpre, então, analisar, diante do paradigma atual brasileiro, caminhos alternativos, no sentido de propor uma nova interpretação ao referido direito e de realizar políticas públicas voltadas à implantação de inclusão digital com qualidade, a fim de alcançar a efetividade do direito à proteção de dados com eficiência e com minimização de seus riscos.

Palavras-chave: Proteção de dados; Consumidor; Políticas públicas; “Marco Civil da Internet”.

ABSTRACT: This study aims to find solutions to the problems surrounding the effectiveness of the right to data protection in consumer relations practiced in electronic media. This is because the Brazilian legal system offered legal treatment is insufficient for that fundamental right, both for having difficulty in recognizing new needs and circumstances of this right, for not offering attention to fulfill the function of protection and promotion related to it. So, it should analyze, before the current paradigm of Brazil, alternative paths, to propose a new interpretation to that right and to make public policies for deployment of digital inclusion quality in order to achieve the effectiveness of the right to protection data efficiently and minimize its risks.

Keywords: Data protection; Consumer; Public policy; “Marco Civil da Internet”.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo consiste na análise de um dos problemas atuais mais preocupantes no âmbito das práticas de consumo no Brasil: a proteção de dados do consumidor. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro ainda possui meios materiais e formais insuficientes para conferir efetividade à proteção de dados dos consumidores, em razão da ausência de legislação específica capaz de versar sobre a realização dessa proteção e sobre a repressão às ilicitudes praticadas na obtenção e manipulação indevidas das informações pessoais em formato digital dos consumidores.

A busca por soluções para o referido problema parte do reconhecimento do direito à proteção de dados como direito fundamental, dotado de caráter prestacional e autônomo, porém relacionado aos direitos fundamentais de privacidade e liberdade de acesso às informações.

Dessa forma, será possível delimitar diretrizes para que o Estado realize prestações no sentido de proporcionar a concretização da proteção de dados dos consumidores, as quais se relacionam com a atuação estatal na proteção da segurança das informações quando em formato digital e promoção de políticas públicas no sentido de resguardar o acesso livre, igualitário e com eficiência ao meio eletrônico.

Todavia, o Brasil ainda está caminhando bastante lento, tanto no que concerne ao reconhecimento do direito de proteção de dados dessa forma, como em relação à realização das mencionadas funções.

Cumpre, então, averiguar as alternativas disponíveis, atualmente, no sistema jurídico brasileiro a fim de encontrar respostas para diminuição dos fatores negativos já existentes e relacionados à desatenção do Poder Público para a defesa do consumidor no meio eletrônico.

Para tanto, esse breve estudo, fará uma abordagem sobre o direito à proteção de dados dos consumidores

no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com definição de suas novas necessidades quando se concretiza no meio eletrônico.

Em seguida, serão examinados os instrumentos necessários para a realização da efetividade do direito à proteção de dados dos consumidores em face do estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro, o que inclui, por fim, o destaque para a relevante alternativa nacional em forma do Projeto de Lei nº 2126/2011, denominado Marco Civil da Internet.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS DOS CONSUMIDORES NO BRASIL

Primeiramente, cumpre destacar que a utilização das tecnologias originou o termo dados, o qual se refere às informações, pessoais ou não, desmaterializadas e em formato digital, passando a ser muito utilizado como sinônimo de informações, uma vez que grande parte das relações jurídicas (incluindo as relações de consumo), atualmente, utiliza as informações no referido formato.

Ademais, o direito à proteção dos dados de uma pessoa, física ou jurídica, corresponde o direito subjetivo de resguardar informações relacionadas à esfera da sua personalidade, o que antes se restringia à proteção ao nome, na era da Revolução Tecnológica, ampliou-se para a proteção a todas as informações desmaterializadas relacionadas à identificação da esfera privada da pessoa.

No caso dos consumidores, conforme mencionado anteriormente, existem diversas informações dessa natureza disponibilizadas no formato digital em uma relação de consumo, mas que devem se restringir a essa relação e não serem expostas sem autorização ao conhecimento de terceiros, tendo em vista as inúmeras formas de perturbações e violações a direitos que tal atitude pode ocasionar.

No Brasil, em sede constitucional, o direito fundamental à proteção dos dados dos consumidores encontra-se tutelado associado ao direito fundamental à privacidade, cuja previsão constitucional está no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

A tutela à privacidade abrange os comportamentos e fatos relacionados ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo no âmbito das suas relações pessoais, profissionais e comerciais, os quais esse não almeja que se tornem de conhecimento público.²

Assim, para o desenvolvimento da personalidade faz-se necessário reconhecer a necessidade de proteger informações pessoais que identificam e individualizam a pessoa, física ou jurídica, nas relações intersubjetivas,

de modo a caber apenas a essa a decisão de ofertar-lhes publicidade.

Na verdade, consiste no direito que todo indivíduo tem de isolamento em face da sociedade, tanto nos aspectos físicos como psicológicos, a fim de constituir uma situação de reserva quanto a seus costumes, características, informações e desejos íntimos, devendo sempre ser alvo de proteção independentemente da existência de um processo comum de comunicação. Esfera essa que só cabe ao próprio indivíduo decidir o momento e a forma de demonstrá-la para os demais.³

Todavia, no sistema jurídico brasileiro, a proteção às informações pessoais constitui valor integrante e implícito ao direito fundamental à privacidade e deve incidir, até mesmo, quando o indivíduo desenvolve sua personalidade no meio eletrônico, uma vez que esse se tornou, nos dias atuais, um campo para subjetivação de direitos e deveres, seja na esfera de relações pessoais, profissionais ou comerciais praticadas nesse meio, o que inclui as relações de consumo.

Esse entendimento é obtido mediante a realização de uma interpretação sistemática da mencionada norma constitucional com demais dispositivos constitucionais, como o art. 1º, inciso III, que trata sobre o princípio da dignidade humana, o art. 5º, inciso XXXII, que trata promoção da defesa do consumidor por parte do Estado e o § 2º do art. 5º, que versa sobre o sistema aberto de direitos fundamentais, todos consagrados na citada Carta constitucional.

Evidentemente, seria mais fácil se o constituinte brasileiro tivesse explicitado o reconhecimento da proteção às informações pessoais ainda que essas estivessem em formato digital, como fez, alguns anos antes, a Constituição portuguesa, em seu art. 35, e a Constituição espanhola, em seu art. 18.4,⁴ mas tal falha não implica prejuízo para o sistema de direitos fundamentais brasileiro, em razão do consenso que já se alcançou em sede doutrinária e jurisprudencial quanto à abertura do nosso rol de direitos e garantias fundamentais, o que nos possibilita enquadrar os novos valores advindos com a evolução social, pois esses não se restringem ao referido artigo, mas também advêm de princípios vinculados ao regime democrático adotado pela mencionada Carta Constitucional.

Desse modo, é possível reconhecer os novos direitos que regulam as necessidades sociais originadas dos efeitos das novas tecnologias, uma vez que os valores relacionados ao regime democrático, em especial a dignidade humana, devem ser resguardados no meio eletrônico.⁵ O direito à proteção dos dados trata-se, assim, de um novo direito de personalidade e nesse sentido possui previsão inicial e breve nas normas infraconstitucionais atuais, mas particularmente

quando o Código Civil brasileiro dispõe sobre direito à privacidade no seu art. 21,⁶ de forma a abarcar nessa previsão o valor de proteção dos dados.

Especificamente na relação de consumo, cabe citar a previsão no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 43, sobre o acesso, pelo consumidor, às informações pessoais e de consumo sobre si dispostas e arquivadas em cadastros e bancos de dados de consumidores, o que apesar de corresponder um tratamento jurídico breve sobre o tema, é relevante para o reconhecimento da fundamentalidade desse valor.

Ocorre que tais previsões normativas não representam uma regulação suficiente para ofertar uma efetividade plena para o referido direito fundamental, pois algumas questões importantes vinculadas às relações jurídicas de consumo praticadas no meio eletrônico ainda se encontram sem solução em face da ausência de uma normatização mais específica, o que tem gerado a defesa e promoção ineficientes do direito fundamental à proteção de dados do consumidor.

Uma dessas questões versa sobre a natureza do direito fundamental à proteção dos dados. Seria um direito dependente de atuação estatal para se efetivar, ou, enquanto direito individual bastaria uma abstenção estatal para atingir sua finalidade? É o que se tentará responder a seguir.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DOS DADOS ENQUANTO DIREITO PRESTACIONAL

Ao reconhecer o direito à proteção de dados como integrante do direito à privacidade, observa-se sua natureza principal enquanto direito individual, compreendido no âmbito das liberdades públicas, tendo sido reconhecido no período do surgimento do Estado Liberal como um limite ao Estado.

No entanto, essa não consiste na única característica relacionada à natureza do direito de proteção aos dados pessoais, pois além de limitar a atuação estatal, e, hoje, também se reconhece a limitação dos particulares por meio da sua eficácia horizontal⁷, esse direito impõe deveres de promoção ao Estado no sentido de realizar os valores consagrados em seu conteúdo, ou seja, determina ao Estado a realização de prestações a fim de que seus efeitos jurídicos possam ser produzidos. Esse equivale ao seu caráter prestacional.

Quando se trata de um Estado Social, como é o caso do Estado brasileiro de 1988, todos os direitos fundamentais possuem alguma parcela de caráter prestacional, porém alguns terão esse caráter mais destacado, como ocorre, por exemplo, com os direitos sociais, o que não significa que os demais direitos

fundamentais jamais dependerão de alguma forma da atuação estatal para se concretizarem.

Sobre o assunto, Limberger, ao ressaltar o cunho prestacional inerente às liberdades no Estado Social, salienta que o direito à privacidade anteriormente se concretizava apenas com a não intervenção da esfera pública na privada, porém, nos dias atuais, começa a demandar ações estatais concretas concernentes ao acesso, armazenamento, manipulação, retificação e cancelamento de dados.⁸

Aliás, essa noção decorre do fato de os direitos fundamentais se relacionarem com a dignidade humana enquanto elementos essenciais para o reconhecimento desse princípio fundamental ao modelo de Estado Democrático de Direito⁹ e por ela se constituir ao mesmo tempo, segundo Sarlet, em limite e tarefa dos poderes estatais, uma vez que gera para toda pessoa direitos fundamentais negativos, no sentido dessa não ser exposta a graves ameaças, assim como direitos fundamentais positivos, porque da dignidade humana decorre deveres concretos de tutela por parte do Estado para que esse mediante prestações ofereça-lhe seu respeito e promoção.¹⁰

Particularmente quanto ao direito à proteção dos dados dos consumidores, há uma relação com a necessidade de o Estado atuar na defesa dos consumidores, o que abarca a proteção aos dados desses independentemente da forma de como é gerada a relação de consumo, atuação tanto no sentido de abstenção de condutas violadoras como no sentido de promoção (prestação).

Essa prestação estatal pode ser na esfera legislativa, por meio da edição de leis regulando situações jurídicas relacionadas ao direito fundamental em questão, como também na esfera administrativa, mediante implementação de políticas públicas que promovam a aplicação imediata do citado direito fundamental, o que será abordado no item quatro do presente estudo quando da análise dos instrumentos para a concretização desse direito.

Contudo, faz-se necessária realizar uma averiguação prévia em torno da existência autônoma do direito à proteção de dados em face do direito à privacidade, bem como se há a possibilidade de sua relação com o direito à liberdade de acesso à informação.

4 O DIREITO À PROTEÇÃO DOS DADOS É AUTÔNOMO EM RELAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE?

Diante da possibilidade crescente de recursos tecnológicos capazes de, em questão de minutos,

devassar todas as informações sobre determinado indivíduo, bem como alterá-las ou mesmo comercializá-las sem ser percebido, nasce uma necessidade extra de proteção ao direito à privacidade, em especial, no que concerne a relações ocorridas no meio eletrônico.

Nessas circunstâncias a proteção à privacidade compõe-se da liberdade do acesso e divulgação de informações sobre o próprio indivíduo, como também de outras questões vinculadas aos valores dignidade e igualdade, uma vez que, conforme destaca Pérez Luño, o problema mais relevante nessa esfera, a partir do uso da informática, não é impedir o processamento eletrônico das informações, pois representa uma necessidade básica em qualquer Estado moderno, mas sim consiste em como assegurar o uso democrático das informações, garantido pelo exercício social das tecnologias da informação, como forma de coibir seu domínio por monopólios de poder.¹¹

O mencionado autor vê no controle e proteção à privacidade das informações pessoais na Internet a garantia de equilíbrio entre os poderes e situações fáticas a fim de se atingir o acesso a condições de igualdade e liberdade pelos cidadãos em uma sociedade avançada. Por isso, o autor refere-se a uma nova geração de direitos e que tem em seu conteúdo o direito à liberdade informática.¹²

Na verdade, o autor compartilha as ideias de uma corrente majoritária na Espanha que percebe a necessidade de criação de um novo direito, cujo foco dar-se-á quanto à proteção à intimidade dos usuários do meio eletrônico, especialmente no que concerne aos dados pessoais, os quais se tornaram bastante vulneráveis a partir da utilização desse meio ao serem manipulados por empresas, particulares ou pelo próprio Estado.

A citada corrente majoritária, inclusive, tem como um de seus percussores Frosini, que, já na década de 80, discutia o nascimento de um novo direito subjetivo correspondente ao direito à liberdade de informação, formado pelo direito de informar e de ser informado, cujo limite estaria disposto no direito à privacidade, no qual o emprego das informações e suas garantias de livre acesso deveriam se constituir com base na proteção do sigilo das informações em que seu proprietário assim firmasse como privadas.¹³

Há, ainda, uma construção da doutrina e jurisprudência alemãs que denomina de direito à autodeterminação informativa o direito dos cidadãos de acessar e controlar os dados que lhes concernem. Refere-se a uma autodeterminação quanto às informações dos sujeitos nas suas relações com o Poder Público e com particulares.

Coincide com uma espécie de direito de personalidade, uma vez que na Alemanha proclama-se o livre desenvolvimento da personalidade, sem que o Estado intervenha para restringir o acesso a dados pessoais inseridos em bancos de dados ou que trafeguem pela rede mundial de computadores. Está formado por dois valores relevantes: a liberdade do indivíduo em determinar quem, o que e de que forma podem ser obtidas informações pessoais dele e uma liberdade de ação, cabendo ao indivíduo decidir como irá comportar-se ao atuar no meio eletrônico.¹⁴

Observa-se, então, que a intensa capacidade de armazenamento, recolhimento e tratamento das informações pessoais no meio eletrônico originaram um novo panorama de tratamento da intimidade dos indivíduos, de modo que se faz necessário nova delimitação da forma de proteção e efetivação desse direito, pelo fato de a informática permitir acesso a aspectos antes não explorados quanto a informações pessoais do indivíduo.

Além disso, embora existam as duas posições supramencionadas, encontram-se pontos em comum em ambas, tendo em vista que versam sobre o mesmo objeto, qual seja a proteção a uma parte da esfera da privacidade dos indivíduos no que concerne à proteção dos dados pessoais e no poder correspondente ao proprietário de tais dados de decidir de que maneira irá dispor deles. Assim, percebe-se que, argumentos à parte, a divergência encontra-se na esfera da nomenclatura, já que ambas também vão trabalhar o vínculo entre a proteção aos dados pessoais e a liberdade de acesso a tais dados.

Diante dos argumentos expendidos, constatou-se que o uso dos instrumentos de tutela tradicionais do direito à intimidade não conseguiria proteger suficientemente os dados pessoais do indivíduo no meio eletrônico frente às inúmeras formas de violação, tendo em vista que o parâmetro clássico do direito à intimidade não tem, até o momento, como âmbito de proteção aspectos relacionados às informações digitalizadas de caráter pessoal.

Essa corrente majoritária defende uma autonomia do direito de proteção aos dados pessoais em face do direito à intimidade, focando seus argumentos na especificidade do objeto de proteção daquele e na necessidade de criação de meios legais próprios a proteger as informações pessoais íntimas ou não do indivíduo em face do uso indevido das novas tecnologias.¹⁵

Contudo, para quem reconhece essa autonomia do direito à proteção de dados, é possível, ainda, observar uma relação entre esse e o direito à liberdade de informação, pois a tendência da doutrina estrangeira

é ampliar o conteúdo do direito à informação, de modo que possa abarcar proteção à intimidade, no que concerne à proteção aos dados pessoais dos indivíduos no meio eletrônico, ao segredo das comunicações, ou seja, garantir que as informações em formato digital poderão ser acessadas de forma segura e sem alteração por parte de terceiros, além de ofertar ao próprio indivíduo o domínio sobre suas informações pessoais, ainda que estas se encontrem depositadas em banco de dados eletrônicos.¹⁶

Assim, o direito à informação para Pérez Luño e Frosini constitui-se como liberdade informática correspondendo a um direito de autotutela da identidade informática, sendo o indivíduo o titular do direito de controlar seus dados pessoais quando da utilização do meio eletrônico.¹⁷

Nota-se que o limite do direito à informação encontra-se no respeito à privacidade dos dados pessoais, ou seja, o direito de informar e ser informado pode ser aplicado livremente, desde que o direito à privacidade de dados alheia não esteja sendo violado.

Cumprido, ainda, salientar o quanto é precário o tratamento doutrinário brasileiro destinado a esse novo enfoque do direito à proteção dos dados e do direito à privacidade, motivo pelo qual se constata que, no Brasil, ainda se tem o tratamento jurídico ofertado ao direito de proteção de dados atrelado ao direito à privacidade, desconsiderando as mencionadas particularidades destacadas há tempo pela doutrina e jurisprudência estrangeiras.

A importância de reconhecer tais particularidades, em especial a relação que existe com o direito à liberdade de acesso à informação, se traduz no alcance dos instrumentos jurídicos adequados para a concretização eficiente do direito de proteção de dados.

5 O CAMINHO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DOS CONSUMIDORES

Ao reconhecer o direito à proteção de dados enquanto direito fundamental autônomo, porém relacionado ao direito à privacidade e à liberdade de acesso à informação, enquadrado na seara das liberdades públicas, mas composto por caráter prestacional¹⁸ para que consiga produzir seus efeitos jurídicos em plenitude, cumpre, nesse momento, analisar de que maneira dar-se-á a sua concretização na realidade social brasileira e quais questões cruciais precisam ser solucionadas a fim de que os consumidores possam usufruir desse valor nas relações de consumo firmadas mediante meio eletrônico.

Saliente-se que, inicialmente, para concretizar o direito de proteção aos dados pessoais, compete ao Estado a não intervenção nas informações pessoais dos indivíduos constantes em bancos de dados públicos ou privados, salvo quando a lei o autorizar, como nos casos das possibilidades de quebra de sigilo de dados (Lei Complementar nº 105/2001), quebra de sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII, da CF/88 e Lei nº 9296/96), realização de ponderação de interesses (quando o referido direito conflitar em um caso concreto com um interesse público que deva prevalecer após o juízo de proporcionalidade) e, recentemente, nos casos excepcionais destacados na lei de acesso à informação pública (Lei nº 12.527/2011, especificamente no seu art. 31).

Além disso, caberá ao Estado cumprir com sua função prestacional no âmbito dessa liberdade pública dos consumidores, o que, por conseguinte, dar-se-á sob duas formas: a de proteção e a de promoção.

A proteção traduz-se na implementação de meios materiais capazes de resguardar a veracidade e autenticidade do conteúdo e a autoria dos dados, enquanto garantias jurídicas à segurança das informações em formato digital, justamente por esse formato ocasionar novos riscos aos mencionados componentes das informações quando manipuladas no meio eletrônico.

Esses riscos relacionam-se com o aspecto segurança dos dados, ou seja, referem-se à possibilidade de terceiros não autorizados acessarem informações, sigilosas ou pessoais, podendo, inclusive, alterá-las de modo a causar danos às partes envolvidas nessa espécie de comunicação.¹⁹ Referem-se, então, à vulnerabilidade das informações, quando dispostas no meio eletrônico, quanto à confidencialidade (interferência de terceiro não autorizado), integridade (modificação do conteúdo) e disponibilidade (prejuízo no processamento) daquelas.²⁰

Atualmente, um dos mencionados meios materiais corresponde à aplicação de uma tecnologia de segurança de dados denominada assinatura digital, associada à emissão de certificados digitais,²¹ em que a atuação estatal compreende a regulamentação da citada tecnologia, ao resguardar a observância dos valores fundamentais inerentes ao referido direito como o acesso livre à informação segura e verídica, além do direito à manutenção do controle pelo indivíduo quanto à disposição de seus dados pessoais.

No entanto, a implementação do resguardo à segurança dos dados deve ser de âmbito global. Por esse motivo, muitos países já inserem em seus orçamentos parcelas de recursos destinados ao desenvolvimento e implementação de tecnologias de informação, o que

é perceptível no campo da utilização de mensagens seguras via meio eletrônico em que a maior parte dos países já instituíram sistemas de segurança baseados em emissão de certificados digitais.

A função de promoção, por outro lado, realiza-se mediante criação de programas sociais ou políticas públicas visando a ampliação do acesso ao meio eletrônico, pela realização de inclusão digital eficiente e de forma igualitária para todas as esferas da população, oferta de incentivo àquelas empresas que anseiem por participar do comércio eletrônico, além da edição de lei específica para regular as novas situações jurídicas advindas com o uso do meio eletrônico.

Com relação à realização de inclusão digital eficiente, ou seja, a inserção cada vez maior da população no meio eletrônico, fazendo uso de seus recursos e vantagens, possibilitando que aquela adquira um novo campo de exercício de direitos e deveres, fundada no respeito aos direitos e garantias fundamentais, essa demandará uma estruturação adequada dos recursos físicos, humanos e financeiros disponíveis, nos âmbitos públicos e privados.

Todavia, a resistência cultural, gerada pelo não conhecimento sobre o funcionamento do meio eletrônico e a falta de credibilidade por parte dos usuários deste meio de comunicação têm sido óbices ao avanço da inclusão digital em boa parte dos países que estão em desenvolvimento tecnológico, como é o caso do Brasil.

Além disso, a efetivação da inclusão digital ocorre, em geral, mediante cooperação entre setor público e privado, na execução de programas sociais voltados a ofertar o acesso às tecnologias da informação, desde computadores até a rede mundial de computadores, a toda a população.²²

Aliás, a formulação e execução de políticas públicas na área do acesso às tecnologias da informação, representam segundo Del Arco, uma solução pertinente para diminuir a marginalização informática, característica encontrada na sociedade da informação, tendo em vista advir da distribuição não equânime e antidemocrática das riquezas provenientes da manipulação do novo bem jurídico: a informação.²³

Cabe salientar que as duas funções se complementam e são essenciais para atingir uma inclusão digital eficiente ou com qualidade.

Desse modo, constata-se que de nada adiantaria falar sobre efetividade do direito à proteção dos dados no meio eletrônico, sem disponibilizar condições materiais para o acesso a dados verdadeiros e congruentes, bem como sem averiguar o compromisso, especificamente no Brasil, para com a ampliação do acesso às informações manipuladas e transmitidas pelo meio eletrônico.

Por isso, cabe observar uma relevante iniciativa brasileira na seara prestacional do direito fundamental à proteção de dados referente ao projeto de lei denominado Marco Civil da Internet (Projeto de Lei nº 2126/2011) que compreende um caminho para o alcance da efetividade do citado direito fundamental nas relações jurídicas, e, por conseguinte, nas relações de consumo, realizadas mediante o meio eletrônico.

O Marco Civil da Internet²⁴ compreende uma iniciativa de regulamentação nacional, no âmbito cível, sobre o uso do meio eletrônico, a partir do estabelecimento de princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários em geral, bem como a definição de diretrizes para atuação do Poder Público.

Especificamente sobre a disciplina da proteção de dados, o citado projeto de lei a menciona, em seu art. 3º, como um dos princípios para o uso do meio eletrônico, e, posteriormente, em seu art. 7º, reconhece o direito ao sigilo e inviolabilidade das comunicações pela Internet, ressalvada ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, como também o direito de não fornecimento a terceiros dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet, além de versar, no art. 8º, sobre o direito fundamental de acesso à Internet vinculado ao direito à privacidade e à liberdade de expressão, ou seja, nos moldes como vem sendo tratado pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, conforme supracitado.

Percebe-se, então, que o Marco Civil da Internet brasileiro busca atualizar formalmente a legislação pátria sobre disposições tidas como eficientes em outros ordenamentos jurídicos, sobre os direitos e deveres advindos com o uso do meio eletrônico, o que já deveria ter ocorrido na seara brasileira, quando, por exemplo, da edição do Código Civil de 2002. Mesmo com o sinal de “já era tempo!” o referido projeto de lei corresponde uma iniciativa positiva, dada a carência normativa existente hoje.

Entretanto, apesar de ser elogiável tanto o conteúdo atualizado como o caráter participativo de sua elaboração, não podemos considerar esse como verdadeiramente democrático, uma vez que há a necessidade de ampliar suas discussões para as pessoas que, ainda, se encontram excluídas digitalmente, mas que tem o direito de participar e compreender como o Brasil pretende dispor sobre o uso do meio eletrônico.

Evidente que se essas pessoas estão digitalmente excluídas, e o índice de exclusão digital do Brasil é um dos mais altos do mundo,²⁵ restringir as discussões sobre questões de tamanha relevância apenas a blogs na Internet equivale a criar discriminações e construir opiniões antidemocráticas.

Faz-se necessário que o Congresso Nacional divulgue mais informações sobre a referida proposição legislativa e realize debates, discussões e audiências públicas em âmbito nacional e fora do meio eletrônico, com participação das instituições democráticas e diversos setores da sociedade a fim de que surjam mais sugestões a serem acrescidas ao projeto de lei e os principais problemas sobre a regulamentação do uso do meio eletrônico sejam realmente e democraticamente analisados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma de estruturação aberta e sem fronteiras do meio eletrônico gera, no âmbito dos direitos fundamentais, em especial nas liberdades relacionadas à informação, novos riscos, falsas ilusões e necessidades de se construir uma consciência coletiva para proteção de tais valores universais.

Essa consciência de proteção aos referidos valores transforma-se nas formas de sua concretização por meio dos ordenamentos jurídicos estatais, o que, no caso do à proteção dos dados, consiste na implantação de técnicas de segurança dispostas a consagrar o sigilo do conteúdo das informações em formato digital e na inalterabilidade de sua autoria.

Para tanto, torna-se imprescindível que o Estado adote uma postura não interventora, quanto a não violação ao sigilo dos dados, salvo nos casos de autorização legal, bem como que atue por meio de prestações no sentido de promover a aplicação de instrumentos materiais e formais capazes de ofertar a referida segurança dos dados, além de comprometer-se com a implementação do amplo, livre e eficiente acesso ao meio eletrônico, no sentido de ofertar recursos tecnológicos, materiais e educacionais necessários para tal fim.

Ademais, essa tarefa necessita de urgente atenção, uma vez que, no Brasil, dentre aqueles que estão incluídos digitalmente, a prática de relações jurídicas e a subjetivação de direitos e deveres no meio eletrônico tem sido intensa, em especial no que concerne às práticas de comércio eletrônico.

E essa intensidade, sem que exista uma regulamentação específica em vigor e diante de certas resistências em reconhecer a fundamentalidade de novos valores advindos com a tecnologia, tem ocasionado o crescimento das violações a direitos fundamentais, particularmente dos consumidores, os quais se tornam mais vulneráveis diante da insuficiência do ordenamento jurídico brasileiro em combater e afastar ilicitudes praticadas contra esses.

Destarte, alguns caminhos foram apresentados a título de despertar interesse para futuros aprofundamento e discussão, mas dependem de esforço do

Poder Público, seja da esfera legislativa em atentar para a tramitação, discussão e aprovação do Marco Civil da Internet, seja da esfera administrativa em buscar soluções em associação com o setor privado para realização de uma maior inclusão digital com qualidade, e, por fim, da esfera jurisdicional, cabendo-lhe o reconhecimento dos novos direitos fundamentais via hermenêutica jurídica para que esses não sejam prejudicados em sua efetividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Derecho fundamental y status. In: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DEL ARCO, Javier. Consideraciones generales sobre la sociedad de la información. In: *Elementos de ética para la sociedad en red*. Madrid: Dykinson, 2004.
- DOMINGUÉZ GARRIGA, Ana. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- DRUMOND, Victor. *Derecho de las nuevas tecnologías: Internet, privacidad y datos personales*. Trad. Isabel Espín Alba. Madrid: REUS, 2004.
- FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1982.
- GALINDO, Fernando. *Derecho y informática*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1998.
- MAPLECROFT. *Relatório sobre índice da inclusão digital*. Disponível em: <<http://maplecroft.com/>>. Acesso em: jun. 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PÉREZ LUÑO. *Ensayos de informática jurídica*. México: BÉFP, 1996.
- _____. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- _____. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson, 2005.
- RODRÍGUEZ PALOP, Maria Eugenia. La perplejidad tras el impacto. Internet em nuestro mundo. *Revista do Instituto Bartolomé de las Cosas*, Universidade Carlos IV de Madrid, BOE, Madrid, ano 8, n. 12, 2003.
- SARLET, Ingo W. (org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.
- WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTAS

- ¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Professora de Direito Constitucional e de Direito Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* em Direito no Estado de Alagoas. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Alagoas.
- ² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315-316.
- ³ Cf. DRUMOND, Victor. *Derecho de las nuevas tecnologías*: Internet, privacidad y datos personales. Trad. Isabel Espín Alba. Madrid: REUS, 2004. p. 32-36.
- ⁴ A Constituição portuguesa além de tratar diretamente sobre o livre acesso por cada cidadão aos seus próprios dados pessoais, também resguarda os dados sensíveis da manipulação informática. Já a previsão constitucional espanhola prevê que a lei limitará o uso da informática para garantir a proteção à honra e intimidade pessoal e familiar. Para tanto a Espanha editou a Lei nº 5/1992, conhecida por LORTAD e, posteriormente, em 1999, editou a Lei Orgânica de Proteção de Dados-LOPD – Lei nº 15/1999. Outro exemplo de previsão constitucional expressa encontra-se em Portugal.
- ⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 177-178. SARLET. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 94-95, ao fazer referência à concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Carta Magna de 1988. SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 35-38. O autor salienta que a textura aberta dos direitos fundamentais permite à Constituição incorporar novos direitos fundamentais decorrentes da evolução da consciência política e jurídica da sociedade.
- ⁶ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.
- ⁷ Sobre eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ver: SARLET, Ingo W. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ⁸ LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger direitos dos cidadãos. LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger direitos dos cidadãos. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 200. Ver, ainda, ALEXY, Robert. *Derecho fundamental y status*. In: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 247-266. O autor, ao comentar a teoria dos *status* dos direitos fundamentais elaborada por Jellinek, aborda o *status* negativo e o positivo nos sentidos de prestações negativa e positiva, respectivamente, apesar de reconhecer o caráter extremamente formal e analítico da teoria de Jellinek.
- ⁹ SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- ¹⁰ SARLET, Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo W. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.
- ¹¹ PÉREZ LUÑO. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 345-346.
- ¹² PÉREZ LUÑO. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Op. cit., p. 420-605. Cf. FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1982. p. 177-178.
- ¹³ FROSINI. Op. cit., p. 177-178.
- ¹⁴ Cf. PÉREZ LUÑO. *Ensayos de informática jurídica*. México: BÉFP, 1996, p. 13-14. Cf. DOMINGUÉZ GARRIGA, Ana. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 22-32. A autora ressalta argumentos de autores que rechaçam essa posição germânica: alguns por entenderem que poder-se-ia gerar um direito de propriedade privada dos dados, uma concepção privatista, além de destacar outros autores que o consideram inserido no direito à privacidade, só que, agora, aplicado em face de técnica e objeto novos. Apesar disso, a autora concorda com a linha da doutrina germânica e correlaciona a proteção desse direito a mais uma maneira de proteção da dignidade humana, o que, por sua vez, necessita de novos mecanismos de tutela. O Tribunal Constitucional alemão, em 15 de dezembro de 1983, passou a reconhecer o direito à autodeterminação informativa. Ver, ainda, RODRÍGUEZ PALOP, Maria Eugenia. La perplejidad tras el impacto. Internet em nuestro mundo. *Revista do Instituto Bartolomé de las Cosas*, Universidade Carlos IV de Madrid, BOE, Madrid, ano 8, n. 12, p. 318-320, 2003. A autora constrói um novo conceito para a relação entre os direitos à privacidade e liberdade e o relaciona à personalidade dos indivíduos, ao abordar a existência de um direito à identidade fragmentada, em que o perfil dos indivíduos pode ser composto por intermédio dos bancos de dados com informações importantes sobre hábitos, preferências, bens etc., cuja utilidade demonstra-se para as empresas do ramo de publicidade e *marketing*, bem como demais participantes do comércio eletrônico, tendo sido criado, ultimamente, um verdadeiro mercado fundado na extração da informação de outras informações.
- ¹⁵ O reconhecimento de tal direito ganhou reforço com sua inserção na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia disposto separadamente do direito à intimidade Além de Pérez Luño e Vittorio Frosini, conforme supracitados, concordam, ainda, com esses argumentos: GALINDO, Fernando. *Derecho y informática*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1998, p. 36-40. DRUMOND. Op. cit., p. 66-67. O autor aduz que a proteção dos dados pessoais não representa espécie do direito à privacidade, embora sejam temas que se correlacionam e é o que vem dificultando o seu estudo. Entende que seja necessária uma disposição de ambos em normas jurídicas separadas, porém o primeiro pode ser tratado em leis ordinárias, e não em âmbito constitucional, devido a ser matéria mais adequada à flexibilidade daquelas frente a mudanças. Entretanto, há quem entenda ser desnecessária a adoção de um novo direito, uma vez que o direito à intimidade é adaptável aos momentos históricos pelos quais a sociedade passa, o que justificaria realizar sua inovação simplesmente mediante interpretação ampliando seu objeto de proteção para as relações humanas ocorridas no meio eletrônico. REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 89-90.
- ¹⁶ Nesse sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ensayos de informática jurídica*. Op. cit., p. 13. GALINDO, Fernando. Op. cit., p. 35. FROSINI, Vittorio. Op. cit., p. 177.
- ¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Ariel, 1996. p. 43-44.
- ¹⁸ Ressalte-se a relação desse caráter com o dever de proteção estatal em relação aos direitos fundamentais no sentido de que ao Estado cumpre promover de forma suficiente, adequada e sem excessos a tutela dos referidos direitos, como também com o princípio da vedação ao retrocesso social, o qual limita a atuação do Estado, em especial em sua função legislativa, de recriar omissões legislativas ao revogar ou extinguir institutos ou situações jurídicas por ele, anteriormente, estabelecidos, constituindo, desse modo, forma de consagrar a segurança jurídica em sede de eficácia de tais direitos. Nesse sentido, SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 384-458. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158-159.
- ¹⁹ Esse tema já era foco da Diretiva da União Européia 95/46/CE, que em seu art. 25 previu a necessidade de estabelecimento de um nível de proteção adequado para a transferência de dados a fim de que pudessem servir de base para os ordenamentos jurídicos estatais.
- ²⁰ SOBRINO VILA, José Antônio. Aspectos técnicos para el desarrollo de aplicaciones de comercio electrónico. In: SEGADÉ GÓMEZ, José Antonio (dir.); BALTAR FERNÁNDEZ-ALBOR, Angel; TATO PLAZA, Anxo (coords.). *Comercio Electrónico en Internet*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001. p. 59.
- ²¹ Nesse ponto, o Brasil já realizou o primeiro passo ao criar o seu sistema de certificação digital a partir da ICP-Brasil, ou Infra-estrutura de Chaves Públicas brasileira, mediante Medida Provisória nº 2.200-2/2001, que se encontra em vigor até a presente data, cuja principal função é permitir a utilização de documentos eletrônicos válidos.
- ²² Na área das políticas públicas para promoção da inclusão digital tem-se uma forte colaboração do chamado terceiro setor da sociedade, ou seja, as Organizações Não Governamentais, bem como as empresas privadas mediante seus compromissos com a responsabilidade social representam, atualmente, uma base forte para auxiliar o governo na garantia a um acesso com qualidade às tecnologias da informação, a fim de diminuir as mazelas advindas com a falta de acesso ou o despreparo para utilizá-las. Ver, ainda, OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os “novos” direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil*: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 330.

²³ O autor cita ainda uma iniciativa interessante da União Europeia ao elaborar, no final do século passado, em 1996, um documento, denominado El Libro Verde, em que se destacam as políticas públicas que devem ser realizadas pelos países europeus a fim de servirem de respostas às preocupações quanto à garantia de um futuro tecnológico com a distribuição justa do potencial das riquezas e um acesso equitativo à informação na sociedade pós-século XX, com foco voltado para criar ações estatais que visem assegurar um acesso igualitário e democrático às novas tecnologias. DEL ARCO, Javier. Consideraciones generales sobre la sociedad de la información. In: *Elementos de ética para la sociedad em red*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 651-653.

²⁴ Esse projeto de lei teve sua tramitação iniciada no Congresso Nacional em agosto de 2011 e, atualmente, encontra-se na Câmara dos Deputados à espera da apresentação do relatório em Plenário. Esse projeto de lei, elaborado pelo Ministério da Justiça em cooperação com o Centro

de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, reuniu demais projetos de lei esparsos sobre matérias, os quais se encontravam parados na citada Casa Legislativa desde início de 2000 e se originou após discussão realizada com a sociedade, pela própria Internet entre outubro de 2009 e maio de 2010, por intermédio de um blog hospedado na plataforma Cultura Digital.

²⁵ O acesso ao meio eletrônico alcança no Brasil apenas 39,22% dos brasileiros, segundo estudo realizado em 186 países sobre o acesso à Internet e sua relação com o Produto Interno Bruto e divulgado em 2011 pela Maplecroft, o que faz enquadrar nosso país em 110^o posição, revelando, ainda, um alto índice de exclusão digital em comparação com demais países em desenvolvimento. MAPLECROFT. *Relatório sobre índice da inclusão digital*. Disponível em: <<http://maplecroft.com/>>. Acesso em: jun. 2012.