

# Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação

*Brazilian internet law and the right to privacy in the information society*

Irineu Francisco Barreto Junior\*  
Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo-SP, Brasil

Vinícius Garcia Ribeiro Sampaio\*\*  
Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo-SP, Brasil

Fábio Gallinaro\*\*\*  
Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo-SP, Brasil

## 1. Introdução

A revolução tecnológica ocorrida nos meios de comunicação deu origem a uma nova era denominada como *Sociedade da Informação*. A sua principal característica é a facilidade de acesso a informações em tempo quase que real, de forma jamais vista na história da tecnologia. Denota-se que a *informação é o centro gravitacional* desta nova era, em outras palavras, é possível afirmar que ela possui valor comercial. Igualmente intensa é a facilidade de

---

\* Pós-doutorando em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), da Universidade de São Paulo - USP. Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Analista de Pesquisas da Fundação Seade – SP. E-mail: neubarreto@hotmail.com.

\*\* Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Advogado e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Pesquisador Científico e participante do *Sociology of Constitution: a transatlantic perspective*. E-mail: viniuciusampaio@gmail.com.

\*\*\* Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Professor de Direito Penal e Processo Penal das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público e Processo Penal pela Escola Paulista da Magistratura; Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: fabio.gallinaro@fmu.br

dispersão e obtenção de dados que atingem diretamente a privacidade dos usuários. O presente estudo busca compreender essa nova situação, com o desiderato de levantar discussões ligadas ao direito constitucional brasileiro, a partir da observação de casos concretos e contemporâneos, bem como por intermédio de pesquisa bibliográfica. Esta investigação evidencia, ademais, que o debate entre o direito, a comunicação e a informática poderá gerar bons frutos, com a finalidade precípua de buscar as soluções aos problemas que se apresentam e se intensificam a cada dia no âmbito do ciberespaço, que passa a ter um novo *status* no ordenamento jurídico brasileiro a partir da criação do Marco Civil da Internet.

A virada do século trouxe consigo um novo paradigma social, o da Sociedade da Informação, cujo conceito surgiu já na década de 1960, mas passou a ser empregado com mais frequência aos novos meios tecnológicos que propiciam possibilidades comunicacionais muito superiores às do século XX, graças à massificação da internet e à globalização. Com isso, a possibilidade de agressão a direitos também se elevou. A internet passou não somente a ser uma rede que interliga dispositivos eletrônicos de qualquer parte do planeta, mas um segundo mundo, virtual, no qual não haveria regras, mesmo com incidência normativa sobre ele. Haveria uma possibilidade de anonimato como nunca antes, que daria vazão a uma excessiva vulneração de valores, notadamente a privacidade.

Estudar esta última se faz relevante, posto que desencadeia diversos outros problemas. É do direito à privacidade que surgem choques de garantias constitucionais e de interesses sociais distintos, como ocorre, v.g., com o direito à informação. Este artigo, justifica-se, portanto, como fomento à discussão dos paradigmas da privacidade, intimidade e superexposição provocada pelo avanço tecnológico. Antes do estabelecimento de consensos e da conscientização dos usuários quanto ao uso adequado da rede, o Marco Civil adquire primordial relevância, significado e aplicabilidade na mitigação dos conflitos advindos da sociabilidade humana em meio digital. O debate eleva-se e tende a intensificar-se, não somente pela necessária tentativa do legislador brasileiro de adequar a lei a esse novo cenário, mas, sobretudo, pois a tecnologia evolui inexorável e célere, agregando a si novas possibilidades e exigindo dos profissionais da área jurídica que se debruçam na compreensão de tais mecanismos.

## 2. Privacidade na sociedade da informação

A expansão recente dos meios comunicacionais trouxe consigo uma nova forma de organização social. Manuel Castells, precursor dos estudos sobre este novo cenário, ensina, com muita propriedade: “Enquanto a forma de organização social em rede existira em outros tempos e espaços, o novo paradigma de tecnologia da informação provê a base material para a sua expansão difusa ao longo de toda a estrutura social”<sup>1</sup>. O cenário abordado, no qual há acesso a informações e capacidade de propagação de dados ilimitados, é resultado da capacidade comunicacional aberta a todos. As novas tecnologias potencializam abundantemente a quantidade e o alcance das informações emanadas por seus usuários.

Em 2002, Murilo Ramos já anotava: “Sem dúvida se requer uma informação mais abundante, procedente de uma pluralidade de fontes, mas se não houver possibilidades de reciprocidade, a comunicação não será realmente democrática”<sup>2</sup>. O nominado autor, pesquisador na área de políticas de comunicações, aborda a necessidade de se democratizar os meios comunicacionais, em virtude do direito à comunicação, que seria um direito humano de quarta geração. Não bastaria o acesso às informações, pois sem a efetiva possibilidade da via reversa, isto é, de o receptor ser oportunamente também emissor, não haveria o atendimento ao aludido direito e, conseqüentemente, tampouco uma comunicação democrática. A resposta não veio do Estado, mas da iniciativa privada global, que criou a internet e posteriormente as redes sociais. Não só o acesso à rede se tornou facilitado – assim como ocorreu com o rádio, a televisão e o telefone, que se massificaram tempos depois de sua chegada ao País –, mas também a possibilidade de ingresso em ambientes virtuais nos quais se pode fazer contato com tantas pessoas quanto se queira.

Contudo, se por um lado temos hoje a defendida democracia comunicacional decorrente da capacidade de emissão e recepção de informações em larga escala ao alcance de todos, por outro temos os riscos que isso traz. Passamos a acessar informações não somente por intermédio de profissionais e empresas e comunicação, mas de qualquer pessoa. Destarte, não há um filtro informacional. Tudo o que se deseja pode ser publicado e perpe-

---

1 CASTELLS, 2010, p. 500.

2 RAMOS, 2002, p. 127.

tuado no ciberespaço, mesmo que contra a vontade (e contra o direito) de outrem. Tem-se como emblemático o caso da atriz Carolina Dieckmann, que deu origem à Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012<sup>3</sup>.

Casos como o acima citado ajudam a promover alterações, por conta da notoriedade das vítimas. Contudo, imperioso observar que há um sem-número de imagens privadas veiculadas diariamente, sem autorização de seus protagonistas. Há que se lembrar, ainda, que a questão não se resume a isso, porquanto a privacidade dos dados pessoais acha-se cada vez mais ameaçada, sobretudo em razão de grupos criminosos que vendem informações confidenciais, tais como endereço residencial, CPF e ligações de celular, consoante notícia veiculada pelo portal G1<sup>4</sup>.

Embora possa parecer desastroso, uma vez que a finalidade da *web* não é atingir a privacidade de seus usuários, temos que tais incidentes são o resultado da intrínseca característica da internet. A rede foi criada para interligar usuários sem mediadores, ou seja, sem a participação de qualquer ente, público ou privado, nessa relação. Nesse passo, o legislador brasileiro busca regulamentar as interações existentes no ciberespaço, por intermédio da criação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), que estabeleceu, entre os seus inúmeros dispositivos legais, princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, a garantia da privacidade<sup>5</sup>, ainda que na prática não se tenha efetividade

3 A Lei Carolina Dieckman é como ficou conhecida a Lei Brasileira 12.737/2012, sancionada em 2 de dezembro de 2012 pela Presidente Dilma Rousseff, que promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos. A legislação é oriunda do Projeto de Lei 2793/2011, apresentado em 29 de novembro de 2011, pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que tramitou em regime de urgência e em tempo recorde no Congresso Nacional, em comparação com outros projetos sobre delitos informáticos que as casas de leis apreciavam (como, por exemplo, o PL 84/1999, a *Lei Azeredo*, também transformado em lei ordinária 12.735/2012 em 3 de dezembro de 2012). O Projeto de Lei que resultou na *Lei Carolina Dieckmann* foi proposto em referência e diante de situação específica experimentada pela atriz, em maio de 2012, que supostamente teve copiadas de seu computador pessoal, 36 (trinta e seis) fotos em situação íntima, que acabaram divulgadas na Internet. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei\\_Carolina\\_Dieckmann](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Carolina_Dieckmann)>. Acesso em: 06 fev. 2017.

4 O Ministério Público de São Paulo acusa um grupo que agia na internet de vender dados sigilosos de qualquer pessoa. São informações pessoais, como endereço residencial, CPF e ligações de celular, que podem parar nas mãos de bandidos. O site *cartório virtual* cobrou cerca de R\$ 1 mil para quebrar o sigilo telefônico de um promotor de Justiça que combate o crime organizado há 14 anos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/11/mp-sp-acusa-grupo-que-age-na-internet-de-vender-dados-sigilosos.html>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

5 Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: II - proteção da privacidade. 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.

quanto a essa proteção, pois, assim como muitas pretensões normativas, trata-se de uma lei diretiva, que consubstancia o ânimo legislativo do País.

Ainda sobre o Marco Civil da Internet, verifica-se grande preocupação do legislador no que concerne a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas<sup>6</sup>, em consonância com o que já estabelece a Carta Magna, conteúdo que será melhor analisado logo adiante, em capítulo próprio.

### 3. Previsão constitucional do direito à privacidade no contexto da sociedade da informação

O direito à privacidade é trazido na nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X<sup>7</sup>, tratando-o como um bem inviolável. Entende-se, outrossim, que a inviolabilidade do sigilo de dados, estatuída no artigo 5º, inciso XII, da CF<sup>8</sup>, complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada, sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende se assegurar a todo cidadão. Consoante o magistério de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde, pois, a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade é o mais exclusivo dos seus direitos<sup>9</sup>.

José Afonso da Silva, por seu turno, considera o direito à privacidade como conexo ao direito à vida, por não constar do *caput* do artigo<sup>10</sup>. O

---

6 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.

7 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

8 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;

9 FERRAZ JR., 1993, p. 439-459.

10 SILVA, 2011, p. 206-210.

jurista também trata de distinguir intimidade de privacidade. Esta é mais abrangente, compreendendo a vida privada do indivíduo como um todo, enquanto aquela, mais específica, versa sobre sigilo de correspondência, segredo profissional e inviolabilidade do domicílio. O próprio doutrinador alega não ser fácil a diferenciação, cujos conceitos costumam ser tratados como sinônimos, mas aborda a importância de distingui-los devido à literalidade normativa que os acompanha. Tratam-se de direitos individuais, que devem ser sempre observados à luz do princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei, cumprindo observar que não se trata de uma igualdade no sentido literal do termo, mas de um tratamento igualitário, segundo o qual se deve buscar igualar os desiguais, de modo condizente com a noção aristotélica de igualdade. Em razão disso, tem-se constitucionalmente garantidas a todos a intimidade e a vida privada. Contudo, a internet, conforme defende o jurista, se apresenta como um elemento potencialmente nocivo a esses direitos:

O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem o seu consentimento<sup>11</sup>.

Como se vê, o renomado constitucionalista já nos adianta, brevemente, o risco provocado pela rede, afirmando que a própria Constituição traz a devida proteção a esses direitos, mas falta, entretanto, a sua efetivação. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes assinala relevância da privacidade na vida do indivíduo:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria

---

11 SILVA, 2011, p. 2010.

toda tentativa de auto superação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas<sup>12</sup>.

Mendes alude aos princípios fundamentais que, em comparação com o direito americano – no qual a construção jurisprudencial fez com que a privacidade fosse, enquanto direito, expandida, passando a ser um espaço de autonomia sem qualquer restrição dos Poderes Públicos –, afirma que a privacidade deve ser observada restritivamente, pois o excesso hermenêutico seria suplantado por princípios como a proporcionalidade e a liberdade, cumprindo observar, contudo, a orientação ideológica dos estadunidenses, fortes liberais, que primam pela liberdade e, logicamente, pela privacidade.

Nesse passo, cumpre ressaltar, ainda, a oponibilidade *erga omnes* do direito à privacidade, que se impõe contra o Estado e os particulares. Não poderia ser diferente, afinal, conforme o nominado Ministro nos diz, a motivação da dilatação da privacidade no direito estadunidense proveio da ação exagerada da imprensa ao divulgar eventos íntimos de personalidades. Quanto ao Estado, a análise histórica nos permite concluir que o constituinte buscou proteger o cidadão de possíveis abusos a todo custo, ressaltando os direitos e as liberdades individuais, por mais que se defenda hoje a primazia do interesse público, que vem sendo justificativa de um utilitarismo discutível. De modo que se trata de um direito fundamental, previsto em cláusula pétrea do texto constitucional, tem-se a sua limitação somente na interpretação sistemática da Constituição. Valores constitucionais como o direito à informação e liberdade de imprensa, por exemplo, são elementos limitadores ao direito à privacidade.

Nessa linha, entendemos que se deve discutir acerca dos critérios que podem orientar a interpretação desses valores, quais sejam os elementos que possam oferecer ao jurista um paradigma quanto à adequação da valoração da privacidade em detrimento de outros direitos fundamentais. Alexandre de Moraes elenca os interesses sociais protegidos pelo direito à privacidade, que se coadunam perfeitamente com os veículos comunicacionais tratados nesta investigação e abrangidos pela sociedade da informação:

---

12 MENDES, 2014, p. 267.

Desta forma, a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional<sup>13</sup>.

Sem olvidar a existência dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, motivação do nosso estudo, o Marco Civil da Internet nos faz levantar o seguinte debate: se os princípios fossem suficientes, talvez não se tivesse pensado em inovar o ordenamento, repetindo-se diversos elementos já previstos constitucionalmente, mas também acrescentando direitos às pessoas, ainda que não se possa efetivá-los em sua integralidade. Parece-nos que o legislador brasileiro tem por hábito garantir direitos que não são garantidos à população, principalmente à parcela mais pobre dos cidadãos. E há fundamento para este pensamento. Hakan Hydén aponta: “A função do sistema legal é, em certo sentido, de padronizar a política. Por meio do sistema legal, instituições são construídas e regras são postas em ordem para resolver problemas frequentes na sociedade”<sup>14</sup>.

Ora, se as leis são resultado de processos legislativos de cuja elaboração participam partidos políticos de diferentes ideologias, certo é que diversos anseios serão nelas compreendidos. Contudo, não há quem negue a importância dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Reconhecida sua necessidade por todos, ainda que com diferentes valorações, os direitos à vida, segurança, saúde e, agora, o acesso responsável à internet, entendemos que encontramos um diapasão comum: a falta de efetividade desses direitos e o reconhecimento expresso de que esta carência é um problema social a ser sanado, aliás, mais um, entre tantos no País. Nesse diapasão, observamos o que aponta Barreto Júnior, acerca da necessidade da inovação jurídica neste novo paradigma informacional:

---

13 MORAES, 1999, p. 80

14 HYDÉN, 2008, p. 15.



Nesta cena, o estudo da Regulamentação e Efetividade Jurídica da Sociedade da Informação adquire *status* estratégico, uma vez que novas relações sociais, interpessoais e interinstitucionais, muitas vezes travadas em cenário internacional, exige uma nova reflexão sobre paradigmas, teorias e aplicação do Direito que, como fato social, não pode se manter indiferente aos novos arranjos e contornos desse novo modelo de sociedade<sup>15</sup>.

Barreto destaca a necessidade da observância jurídica deste novo modelo de sociedade, materializada por meio da promulgação do Marco Civil da Internet, tentativa do legislador de realizar esse controle. Aponta o professor, ainda, para a contundente inobservância de direitos humanos em países como o Brasil, apesar do seu devido tratamento constitucional. É precisamente do que falara o professor Hakan Hydén no curso *Sociology of Constitution*, em Fermo, Itália – o legislador tende a positivizar aquilo que deve ser cumprido, mas não é, buscando meios para assegurar direitos dos quais a sociedade carece, sendo que não haveria, na mesma medida, essa preocupação com direitos já efetivamente garantidos pelo Estado. Vemos esses direitos como os procedimentos efetivados pelo ente público junto aos particulares, não se compreendendo, necessariamente, somente o que seja positivado no texto da lei.

Assim, do mesmo modo que o extenso rol de direitos individuais e sociais da nossa Constituição é resultado do período ditatorial que a precedeu, parece haver um elo entre os graves problemas diariamente enfrentados pelo cidadão brasileiro – a nacionalidade é ressaltada apenas pela competência territorial, pois já se trata de um fato social – e o Marco Civil da Internet, principalmente aqueles relacionados não somente ao acesso à *web*, agora consagrado pela lei, mas, principalmente, ao descontrole e à incapacidade estatal de prover segurança eficaz aos internautas.

#### 4. Conflito entre direito à privacidade e direito à informação

Evidentemente há um conflito entre os direitos à privacidade e à informação. Fala-se, v.g., em direito ao esquecimento, que seria a possibilidade legal de extirpar da rede informações indesejadas tangentes a processos judiciais em andamento, ou mesmo colocações caluniosas, injuriosas etc.

---

15 BARRETO JÚNIOR, 2012, p.15.

No contexto da internet, surgiram novos meios de marketing. Hoje, após acessar a página de um produto à venda em um site, é possível visualizar diversos anúncios de produtos similares em outros sites. Além disso, todo o histórico de navegação na rede, que não se confunde com o histórico de dados do navegador, traça um perfil do usuário que faz com que a publicidade seja melhor direcionada a ele. Um homem terá mais anúncios de produtos masculinos, por exemplo.

Contudo, mesmo que se admita como legítima esta estratégia publicitária – é plenamente possível dizer que isso é uma afronta à privacidade, pois deveríamos ter o direito de navegar na *web* sem que *softwares* traçassem um perfil de conteúdo –, os mesmos mecanismos podem ser utilizados para outros fins. A possibilidade, nesse sentido, é temerosa. Liliansa Paesani trata do direito à privacidade. Após um breve esboço histórico, em que compara o trato jurídico sobre esta garantia pelo mundo, a autora diz:

As inúmeras e generosas leis que protegem a privacidade ficam esvaziadas perante a agressividade das práticas comerciais ou não, provenientes da circulação de dados informáticos. Em decorrência desses fatos, surge a necessidade da proteção legislativa específica do direito ao controle sobre as próprias informações<sup>16</sup>.

Propõe a nominada professora um novo conceito de privacidade, fundamentado no controle sobre os próprios dados. O que enxergamos como desafio é como controlá-los. A partir do momento em algo é publicado na rede, qualquer indivíduo, anonimamente ou não, pode se apropriar disso e reproduzi-lo, que por sua vez poderão fazer o mesmo. É o que permite o funcionamento do *marketing viral*, recurso propagandístico bastante utilizado recentemente, em que se adquire uma explosão de notoriedade a uma marca ou produto graças a um vídeo compartilhado por grande parte daqueles que o visualizam na rede.

Quanto ao anonimato, a professora cita um artigo de Demi Getschko<sup>17</sup>, que dá conta da identificação dos dispositivos da rede, de modo que o autor contesta a ideia de que há como não ser identificado na internet. Embora haja diversos meios de ocultação, tais como máscaras de IP, não

---

16 PAESANI, 2014, p. 37.

17 PAESANI, 2014, p. 37.

contestamos a ideia. Cumpre ressaltar, no entanto, que mesmo que a identificação seja possível, ainda que difícil, ela não é suficiente para coibir a ação de usuários ou puni-los na forma da lei em todos os casos.

Apenas a título de exemplificação, podemos citar uma notícia do portal G1, informando que *hackers* obtiveram os projetos de um caça americano, avaliado em U\$ 300 bilhões<sup>18</sup>. A matéria mostra que as autoridades americanas acreditam que o ataque tenha partido da China. É bem provável, conforme o artigo citado por Paesani, que tenham identificado o usuário, mas permaneçam certamente obstáculos para punir o culpado. Trazemos, ainda, uma passagem de Sergio Amadeu da Silveira, que enfatiza não o problema técnico da identificação do usuário, mas sua consequência política:

Quanto mais distribuída é a rede, mais ela depende dos seus protocolos de controle que permitem a interação entre terminais distantes. A possibilidade de interação exige o controle técnico dos pacotes de dados e a localização dos computadores na rede para que possam receber e enviar pacotes de um endereço de IP para outro. O vínculo de um IP com uma identidade civil permite que se vincule todo o rastro digital deixado pela navegação de um IP a uma pessoa. **O anonimato é o que evita a transformação do controle técnico dos pacotes de dados em controle imediato do comportamento e das ações das pessoas**<sup>19</sup>.

Ora, o que protege a privacidade é justamente a dificuldade de identificação do usuário. Contudo, a falta de identificação não permite que se responsabilize usuários maliciosos, que invadem a privacidade de outros e cometem diversas formas de delitos. O desafio parece ser encontrar um equilíbrio, um controle responsável. O desafio da regulamentação da Internet é, portanto, maior do que pode parecer à primeira vista. Se por um lado se quer identificar os usuários para que respondam por seus atos na rede, por outro se perde liberdade não apenas no sentido de não mais se agir fora do alcance dos olhos do Estado, mas de lhe deixar à mostra sua atividade, isto é, sua privacidade. Zygmunt Bauman (2001, p.227), em

---

18 Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1092884-6174,00-HACKERS+INVADEM+SITE+DO+PENTAGONO+E+ROUBAM+PROJETO+DE+AVIAO+DE+US+BI.html>>. Acesso em 04 jan. 2017.

19 SILVEIRA, 2010, p.75.

referência a Phil Cohen, fala da relação entre liberdade e segurança. Ambas não podem crescer juntas. Quando se eleva uma, reduz-se a outra. São inversamente proporcionais.

## 5. Marco civil da internet

O Marco Civil da Internet reafirma o alinhamento brasileiro com a internacionalização dos direitos humanos e alude às contradições entre direitos fundamentais e absolutos, ao assegurar a *liberdade de expressão*, parametrizada pela *proteção da privacidade e dos dados pessoais dos usuários da rede*<sup>20</sup>. Faz-se importante tratar dessa dualidade, inerente à sobreposição histórica entre direitos fundamentais e à potencial elevação dessa dicotomia, provocada pela Sociedade da Informação. Giancarlo Corsi<sup>21</sup>, professor da Universidade de Modena-Regia, nos apresenta um aspecto a ser questionado com relação às constituições: os valores fundamentais. Estes seriam, em regra, intocáveis, no sentido de que não podem ser sequer questionados, quanto mais alterados. É perceptível essa característica na nossa Constituição, cujo artigo 60, § 4º, inciso IV, dispõe que são vedadas as propostas de emenda constitucional (PEC) tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. A dificuldade, entretanto, afigura-se no sentido das normas que regulamentam os meios pelos quais o Estado deve assegurar aos seus cidadãos a devida proteção a esses direitos, as quais são, por sua vez, maleáveis, cedentes à orientação política. O que se verifica, portanto, é a impossibilidade da real efetivação das proteções fundamentais ao cidadão. Em seus próprios dizeres:

(...) quando valores mais recentes são inseridos em constituições, novos conflitos podem ser gerados, deixando à lei a difícil (ou impossível) tarefa de encontrar um caminho para criar harmonia entre os novos valores e aqueles que já existiam previamente. Neste caso também, contudo, o fato de que o valor não é específico permite que a política expanda suas possibilidades de oposição planejada e de construção de convergências<sup>22</sup>.

---

20 BARRETO JUNIOR, 2015, v. 2, p. 100-127.

21 Sociology of Constitution. Fermo, Itália, 2015. Informação verbal.

22 CORSI, 2016, p. 14, tradução nossa.

O professor ainda aduz que valores constitucionais podem se legitimar porque são eternos, não negociáveis, mas não podem controlar o que será decidido em seu nome. Procedimentos podem se legitimar porque são premissas para tomadas de decisões, mas pagam o preço de serem constantemente negociáveis. E o Marco Civil da Internet é claro exemplo desse raciocínio. Enquanto a garantia do acesso à rede mundial de computadores passa a ser um direito assegurado a todos, a inserção no ordenamento jurídico traz dificuldades quanto à sua regulamentação, devido aos embates políticos dela decorrentes.

Com efeito, o conflito é parte indissociável da democracia. Os diferentes vieses ideológicos pautam as discussões no Legislativo, de modo que entendemos pertinente rememorar as palavras de Sergio Amadeu, já citadas neste estudo, tangentes à concepção liberal do ciberespaço. Ainda não sabemos quais consequências trará o Marco Civil da Internet, questão esta que a doutrina já vem buscando antecipar. Willis Guerra Filho e Henrique Carnio refletem acerca da crescente importância do direito digital e da necessidade de se criar *marcos teóricos macrojurídicos e também extrajurídicos*<sup>23</sup>. Os nominados jusfilósofos estimam três pilares que sustentam a Lei 12.965/14: a neutralidade da rede, a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão. Partindo da abordagem do tratamento isonômico exigido pela norma, dizem:

Com relação à proteção da privacidade dos usuários é estabelecido pelo art. 3º que a privacidade ganha o status de ser um dos princípios do uso da Internet no Brasil. Já no art. 7º, dentre os direitos dos usuários temos o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada<sup>24</sup>.

É notável que a *novatio legis* em comento ratifica valores constitucionais. Conforme a assertiva dos autores, ela deve ser interpretada não como uma *Constituição da Internet*<sup>25</sup>, como se tem falado principalmente pela imprensa, mas sob a égide da Constituição Federal. É certo que se diga que o Marco Civil da Internet não faz parte da Carta Magna, por conta de sua espécie legislativa, tendo em vista que se trata de norma infraconstitucio-

---

23 GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p.14.

24 GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p. 24.

25 GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p. 26.

nal, que deve respeitar a hierarquia normativa. Contudo, o caráter diretivo desta lei a torna materialmente diferente das demais.

A bem da verdade, embora se trate de uma lei que esteja abaixo da Constituição, ela acrescenta direitos, que, pode-se sustentar, por sua natureza, estão compreendidos no rol de direitos fundamentais, haja vista a necessidade de o homem evoluir de acordo com o contexto social em que vive. Não se pode negar, outrossim, que a lei ora estudada somente reafirma direitos já consagrados pela Constituição Federal. Há, por exemplo, dispositivos que expressam a aplicabilidade desses direitos à internet, dentre os quais a privacidade e a proteção de informações pessoais. Em que pesem ótimos posicionamentos em sentido diverso, entendemos que isso não seja, de fato, necessário, embora possa ter certa utilidade.

Ora, a Constituição, em cláusula pétrea, nos assegura a privacidade. O legislador, por sua vez, edita uma lei e nos diz que temos este direito também na internet. É o mesmo que dizer que temos o direito à vida também na nossa casa. Não faz qualquer sentido, ao menos sob a lógica jurídico-sistemática, repetir um direito que não pode ser sequer reformado. Nem se diga, quanto a isso, que a jurisprudência, que antes tinha posicionamentos esparsos, passa a ficar adstrita ao texto legal, que agora é expresso e inequívoco, porque o entendimento firmado pelos tribunais é dinâmico e pode caminhar a entendimentos diversos. Portanto, temos que os conflitos entre direitos fundamentais anteriores ao Marco Civil da Internet são agora melhor estudados no ambiente da rede mundial. Se por um lado esta lei resume-se a reafirmar direitos, por outro, havemos de reconhecer que ela traz o enfoque de que precisamos, amenizando as interpretações jurisprudenciais esparsas, que trazem sério temor quanto à segurança jurídica.

A preocupação com a privacidade do usuário é evidenciada no Marco Civil, assim, o inciso VII do artigo 7.º, determina que é vedado o: *“fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; (Lei 12965/2014) ”*. Assim, dados coletados do internauta “não poderão ser repassados a terceiro, salvo se houver a inequívoca autorização para tanto”. Não obstante, é direito do usuário consentir prévia e inequivocamente quanto a *coleta, armazenamento e tratamento dos seus dados*, conforme disciplinam os incisos VIII e IX, do mesmo artigo:

VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (Lei 12965/2014)

(...)

O artigo 7.º da Lei 12965/2014 determinou que o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico para ciência do usuário fosse denominado *opt-in*. Neste modelo, o usuário deverá consentir de forma expressa e inequívoca, quanto ao tratamento dos seus dados pessoais. Por outro lado, o sistema *opt-out* (não adotado em nosso sistema) prevê que o usuário deve manifestar de forma expressa o seu interesse em sair, isto porque, o pressuposto é de concordância automática. Quanto à possibilidade de aceitação do uso de dados pessoais na rede, anotam Lima e Barreto Junior:

Conforme exposto quando da análise do artigo 7.º, da Lei 12965/2014, o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico é denominado *opt-in*, neste modelo, o usuário deverá consentir de forma expressa e inequívoca, quanto ao tratamento dos seus dados pessoais. Por outro lado, o sistema *opt-out* (não adotado em nosso sistema) prevê que o usuário deve manifestar de forma expressa o seu interesse em sair, isto porque, o pressuposto é de concordância automática<sup>26</sup>.

Entende-se correto o consentimento genuíno do usuário, sobretudo quando *expresso, livre, específico e informado*. É cediço que, conforme asseveram os professores, os prestadores de serviços no ambiente virtual, na maioria das vezes, não proveem a possibilidade de atendimento ao dispositivo. Isso porque a mera condição de clicar em um botão com a legenda “*Li e aceito os termos de uso*”, obviamente, não é suficiente a esta condição.

---

26 LIMA; BARRETO JUNIOR, 2016, p. 72.

Hoje, aplicativos disponíveis para *smartphones* informam quais dados serão coletados para que o usuário autorize sua instalação. O avanço é inegável, ainda que se entenda que isso não seja suficiente.

O problema, ao nosso olhar, é que há diversos serviços informáticos dos quais todos os cidadãos dependem, a começar pelo acesso à internet, fornecido pelos chamados *provedores*, que geralmente são constituídos pelas empresas de telefonia, sem olvidar os serviços de e-mail, que possuem grande importância nas atividades laborativas desempenhadas em praticamente todas as áreas do mercado. A dependência de tais serviços faz com que seja praticamente indiferente o atendimento ao dispositivo da lei, mesmo que em plena conformidade com os requisitos do consentimento correto. Se o usuário depende do uso de e-mail para trabalhar, muitas vezes será obrigado a abdicar de sua privacidade, pois não há qualquer provedor de correio eletrônico que não exija tanto. Desse modo, o exercício de um direito fica condicionado à cessão de outro. Não se diga, quanto a este posicionamento, que se trata de uma relação privada que, em razão disso, tem total legitimidade para tais exigências. Isso por duas razões: i) não há total clareza de tanto ao consumidor, da mesma forma que ocorre com os contratos de adesão em ambientes físicos; e ii) o Marco Civil da Internet determina que a privacidade de dados e o acesso à rede são direitos dos cidadãos brasileiros.

Diante disso, entendemos ser legítima a exploração de dados dos usuários, mas, de igual modo, acreditamos que a sua forma e destinação devem ser repensadas, isto é, feitas de modo responsável, coadunadas com os preceitos constitucionais e do Marco Civil da Internet. É bastante incômoda a noção de que as iniciativas pública e privada têm conhecimento não apenas de quem somos nós na rede, o que permite a responsabilização de usuários mal-intencionados, mas também de todo o conteúdo que acessamos, por mais íntimo que possa ser, independentemente da respectiva garantia constitucional. Bauman enfatiza uma dupla certeza nesse sentido:

Então minhas conclusões são duas: em primeiro lugar, você nunca encontrará uma solução perfeita para o dilema entre segurança e liberdade. Sempre haverá muito de uma e muito pouco de outra, certo? E a segunda: você nunca irá parar de procurar essa mina de ouro<sup>27</sup>.

---

27 BAUMAN apud FRONTEIRAS DO PENSAMENTO, 2011, Momento do vídeo: 25'22".



Necessário, nesse sentido, encontrar meios pelos quais possamos alcançar, ou ao menos nos aproximar, de um equilíbrio entre as garantias constitucionais do direito à privacidade e o acesso, mesmo que consentido, de dados privados dos usuários na internet. A questão, ao que parece, é a dicotomia já mencionada neste estudo, apresentada por Cohen e Bauman: a relação entre segurança e liberdade, a qual acreditamos que seguirá da mesma forma que este dilema oscila nas demais relações humanas, como um pêndulo de um relógio, que ora aponta a um lado, ora a outro.

## 6. Considerações finais

É inegável a necessidade do estabelecimento de princípios normativos para a proteção da privacidade, dignidade e, por reflexo, dos efeitos da superexposição de dados pessoais que resultam da utilização da internet. Antes do estabelecimento de consensos e da conscientização dos usuários quanto ao uso adequado da rede, surge o marco Civil dotado de relevância, significado e aplicabilidade na solução dos conflitos advindos da sociabilidade humana em meio digital.

A Sociedade da Informação, ao inovar a lógica comunicacional no mundo, a exemplo das transmissões de vídeos ao vivo pelas redes sociais, que vem tomando o lugar dos furos de reportagem, requer do Direito o olhar atento aos conflitos entre garantias como privacidade, liberdade e informação. O legislador brasileiro, atento às demandas jurídicas decorrentes deste contexto, busca ratificar os direitos e garantias constitucionalmente previstos, por meio da Lei 12.965/2014. A desnecessidade da repetição de direitos e da mera subsunção expressa à internet, sob o ponto de vista lógico, sugere o caráter mais político que jurídico da Lei, que aponta a necessidade de tutela jurídica dos fenômenos ocorridos na rede.

Ademais, malgrado o Marco Civil da Internet seja formalmente uma lei infraconstitucional, que deve se pautar pela Constituição Federal, é importante reconhecer seu conteúdo de direitos fundamentais, caracterizado não somente pelo rol constitucional nele compreendido, mas também por seu caráter diretivo, garantidor de direitos. Acreditamos que este estudo sobre a privacidade na Sociedade da Informação, embora discreto, possa contribuir para fomentar a discussão inerente à proteção de dados na internet, tema cuja importância nos provoca a continuar e desenvolver esta pesquisa. É certo que haverá discordâncias, as quais certamente enrique-

cerão este trabalho, pois não há aqui a pretensão de trazer respostas, mas apenas reflexões sobre segurança e liberdade em tempos de turbilhões de informações na rede mundial de computadores, escopo que certamente continuará sendo estudado por muitos nos próximos anos.

De bom tom enfatizar, por derradeiro, que a privacidade e a intimidade, por serem direitos de absoluta grandeza, não podem ser desprezados diante dos avanços tecnológicos, devendo se procurar, sempre e cada vez mais, mecanismos e instrumentos legais para se coibir eventuais transgressões, capazes de afetar sobremaneira a vida em sociedade.

## Referências

BARRETO JUNIOR., Irineu Francisco. Dignidade da Pessoa Humana na Sociedade da Informação. In: SIMÃO FILHO, Adalberto *et al* (org e coord). *Direito da Sociedade da Informação: Temas Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127.

\_\_\_\_\_. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_.; CÉSAR, Daniel. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 1 / 2017 p.65-88.

\_\_\_\_\_. Abordagens recentes da pesquisa jurídica na Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *O Direito na Sociedade da Informação II*. São Paulo: Atlas, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CASTELLS, Manuel. *The Rise of the Network Society*. 2 ed. Reino Unido: Wiley-Blackwell, 2010.

CORSI, Giancarlo. *On paradoxes in constitutions*. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (Eds). *Sociology of constitutions: a paradoxal perspective*. Oxfordshire : Routledge, 2016.

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 01, 1993, p. 439-459.
- FRONTEIRAS DO PENSAMENTO. *Zygmunt Bauman – Fronteiras do Pensamento*. 10 ago. 2011. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=POZcBNo-D4A>. Acesso em 28 out. 2016, às 15:12.
- G1. *Hackers invadem site do Pentágono e roubam projeto de avião de US\$ 300 bi*. São Paulo, 21 abr 2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,MUL1092884-6174,00-HACKERS+INVADEM+SITE+DO+PENTAGONO+E+ROUBAM+PROJETO+DE+AVIAO+DE+US+BI.html>. Acesso em 23 out 2015.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberllini. Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Internet: Contribuição ao Direito Digital. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord). *Marco Civil da Internet: Lei 12965 / 2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LIMA, Marco Antonio de; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Marco Civil da Internet: Limites da previsão legal de consentimento expresse e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na Internet. In: CONPEDI (org); FREITAS, C. O. A.; CELLA, J. R. G. (coord). *Direito, Governança e Novas Tecnologias*. Florianópolis: Conpedi, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas. 1999.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PAGNAN, Rogério. *Metade do país acha que 'bandido bom é bandido morto', aponta pesquisa*. Folha: São Paulo, 5 out 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1690176-metade-do-pais-acha-que-bandido-bom-e-bandido-morto-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em 20 out 2015.
- PASQUINO, Teresa. Serviços da Sociedade de Informação: Tutela dos Dados Pessoais e Regras de Conduta. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- RAMOS, Murilo César. Comunicação, Direitos Sociais e Políticas Públicas. In: PERUZZO, Cicilia; BRITTES, Juçara (org). *Sociedade da Informação e Novas Mídias: participação ou exclusão?*. São Paulo: INTERCOM: 2002.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios para Formação de um Regime de Dados Pessoais. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva Mandú de; AMENI, Cauê S. *Regulamentação da Internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França*. [S. l]: Scielo: 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/2014nahead/0104-5970-hcsm-50104-59702014005000015.pdf>. Acesso em 3 nov. 2015.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVEIRA, Sergio Amadeu. *Cidadania e redes digitais = Citizenship and digital networks*. 1a ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010.

Recebido em 12 de abril de 2017.

Aprovado em 10 de abril de 2018.