



## OS DESAFIOS ORIUNDOS DA SOCIEDADE EM REDE SOB A LUZ DA TEORIA DO DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL

Douglas Matheus de Azevedo<sup>1</sup>

Alex Fontoura<sup>2</sup>

### RESUMO

O artigo busca analisar os contornos da chamada sociedade da informação, sobretudo no que toca ao surgimento da nova esfera pública que ocorre no mundo digital. Isto porque a internet e suas múltiplas possibilidades possui o poder de remover barreiras sociais através do processo de emancipação intelectual que ela proporciona caso seja utilizada por um usuário que entenda seus conceitos principais e seu potencial. Objetiva-se, assim, verificar, sob à luz da teoria do dever de proteção estatal, se o ente público deve participar, de alguma forma, desse processo educacional, e em caso positivo, de que maneira, e para tanto, num primeiro momento são expostos alguns elementos histórico-conceituais acerca da sociedade informacional, no intuito de situar o leitor das alterações proporcionadas pela rede e de seu potencial transformador; num segundo momento será feita uma análise da teoria do dever de proteção do estado, para estabelecer as condições epistemológicas básicas que possibilitam a análise final, na qual os itens anteriores passarão a convergir. A conclusão que emerge dessa confluência se dá no sentido de que o acesso à rede e a educação para seu uso configuram direito fundamental de vital importância no pleno desenvolvimento do individuo contemporâneo que vive inserido no contexto informacional, portanto deve ser concretizado na maior medida possível, e que cabe ao Estado também garantir que o acesso e o uso da rede não sejam prejudicados, seja por sua própria iniciativa quanto pela de terceiros, o que configuraria grave violação ao direito do pleno desenvolvimento humano em tempos contemporâneos.

**Palavras-Chave:** sociedade em rede; dever de proteção; educação; desenvolvimento social.

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista CAPES. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Univates (2014). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. Contato: <doug.azevedo2@gmail.com>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC – 2013). Policial Civil. Contato: alexfonta\_tk@hotmail.com



## ABSTRACT

The article seeks to analyse the outlines of the so called information society, especially regarding the outbreak of the new public sphere which occurs in the digital world. That because the internet and it's multiple possibilities have the power to remover social obstacles by the process of intelectual emancipation that it brings if used by an user who understand it main concepts and its potential. The objective, thus, is verify, by the lights of the state protective duties theory, if the public entity must act, somehow, of this educational process, and in a positive outcome, by which means, and for that, in a first moment are exposed some historic and conceptual elements of the information society, to situate the reader about the massive social changes that the Web brought and it's transforming potential; in a second moment the state duty protective theory will be analysed, to establish the epistemological basic conditions to the final moment, where those two topics will converge. The conclusion that emerges of this confluence goes in the way that the access to the Web and the education to it's proper use are fundamental rigths of vital importance in the development of modern times individuals who are cast into the informational context, thus it must be ensured in the best way possible, and that the State must also ensure that the access and use of the Web don't find any obstacle – it doesn't matter if by the own public initiative or by other individuals, since it would represent a gross violation of the right to a utter human development in the actual society.

**Key-Words:** network society; state protective duties; education; social development.

## 1 INTRODUÇÃO

Diferente das outras grandes invenções da humanidade que alteraram toda a lógica de vida até então estabelecida (roda, pólvora, energia elétrica, etc.), a internet e as transformações sociais dela advindas ganharam o mundo em velocidade estrondosa e seus efeitos ainda se ampliam, recriam-se e potencializam-se em sinergia com outras fontes tecnológicas. O referido processo, contudo, parece estar apenas começando, vez que o fluxo de informações aumenta em progressão geométrica e a introdução de novas formas de utilização da rede surgem



bimestralmente. Embora os rumos desse processo sejam incertos, é possível afirmar que os rumos da humanidade convergem totalmente para esse modelo de sociedade da informação, e a internet é o veículo principal pelo qual esta mudança se operacionaliza.

A não inserção de um individuo nesse fluxo informacional representa, portanto, sua exclusão dos rumos que a sociedade contemporânea vem tomando, e os resultados desse processo de afastamento representam uma nova forma de desigualdade social. Isto porque aquele que não possui acesso e domínio acerca da ciência da rede encontra-se em uma situação de grande desvantagem perante seus semelhantes que possuem – e aqui não se fala tão somente de uma desvantagem econômica, mas sim intelectual, pois a internet afigura-se como instrumento capaz de proporcionar uma poderosa emancipação naqueles que a usam de forma adequada, sendo ferramenta imprescindível na formação e desenvolvimento pessoal dessas pessoas.

A pesquisa busca, portanto, à luz da teoria do dever de proteção estatal, verificar qual deve ser a atuação do ente público face a nova realidade informacional, e, em caso positivo, como deve ser orientada sua ação. Isto porque, muito embora o direito à educação seja considerado como fundamental e humano, os textos constitucionais e os principais tratados internacionais antecedem o surgimento do atual cenário, de modo que muitas vezes não ocorre uma devida contextualização dessas normas para a atual realidade tecnológica, assim como inúmeras situações não se encontram positivadas em virtude da velocidade com que os fatos sociais são gerados na nova esfera pública digital. A inobservância desses processos ou o desconhecimento dos contornos da sociedade em rede pelo ente público ou ainda por parte de terceiros poderia, portanto, configurar um prejuízo imensurável para algumas camadas da população.

Nesse sentido, objetiva-se, num primeiro momento, situar o leitor acerca dos elementos históricos e conceituais da sociedade da informação, com especial ênfase à internet e seu potencial de transformação da realidade social, sem, é claro, exaurir o assunto, em virtude de sua amplitude e complexidade técnica; após, será realizada uma exposição da teoria do dever de proteção estatal, como forma de familiarização com os conceitos expostos, formando a base epistemológica da análise; e ao fim, os pontos anteriores passam a convergir, e a pesquisa busca observar a importância de



um processo educativo voltado às novas tecnologias informacionais, ao seu devido uso e ao papel do Estado neste processo.

A hipótese que exsurge da proposta acima pode tanto se dar no sentido de que o Estado não possui qualquer obrigação na educação para a sociedade informacional, tratando-se de processo que deve ser desenvolvido individualmente, bastando ao ente público fornecer microcomputadores para realização das atividades básicas, e que também não há que se falar de regulamentações no sentido de proteção face os interesses públicos e privados no universo digital; como em sentido de que a educação para a sociedade em rede configura um direito fundamental de grande importância para o desenvolvimento individual, rompendo ou combatendo o pior tipo de desigualdade – a intelectual -, tendo em vista o potencial informacional oferecido pela internet, bem como é papel do Estado prevenir qualquer restrição ou limitação à rede, assim como garantir a segurança e integridade dos usuários na máxima medida possível.

## **2 CONTORNOS GERAIS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A INTERNET COMO FERRAMENTA TRANSFORMADORA DO SÉCULO XXI**

Nos momentos mais delicados e extremos é que o ser humano transcende toda e qualquer barreira (imaginação, mercado, ética) e concretiza feitos até então oníricos. Nesse sentido, por mais nefastos que sejam os resultados de uma guerra, os maiores saltos da humanidade ocorreram após os conflitos de escala mundial. Além dos horrores e da destruição, o legado da Segunda Guerra Mundial também foi de um avanço tecnológico até então sem precedentes, sobretudo no âmbito da comunicação, vindo a ser lentamente adaptado para o uso cotidiano civil ao invés de sua finalidade inicialmente militar, o que passou a ser chamado de revolução informacional.

Os efeitos dessa revolução irradiaram para todos os ramos da vida humana, provocando alterações imensas, inclusive, como destaca Lisboa (2006), na revolução industrial que havia ocorrido décadas antes, com a potencialização da operacionalização do maquinário e criação de novas tecnologias com repercussões socioeconômicas, além é claro do aprimoramento dos meios de comunicação. Entre estas novas invenções no âmbito da comunicação, impera restringir esta análise ao surgimento do computador, por se tratar do protagonista das mudanças ocorridas à



época que viriam a, gradualmente, culminar nos padrões basilares de nossa sociedade contemporânea e por se tratar de elemento chave para a busca de uma resposta para o problema ora levantado.

Assim, importante mencionar o surgimento do ENIAC, o primeiro aparelho dessa linha revolucionária, desenvolvido nos anos finais da Segunda Guerra como instrumento para obtenção de dados dos inimigos das forças aliadas (LISBOA, 2006). Devido a seu porte (13 metros de altura e 12 de comprimento), a utilização da máquina permaneceu restrita, até mesmo a dos computadores de segunda e terceira geração, lançados após o ENIAC, até que finalmente surgem os microcomputadores, integrando a tecnologia de CPU, quer dizer, milhares de circuitos em um, de modo que as novas dimensões possibilitavam a utilização desta tecnologia no âmbito doméstico (LISBOA, 2006).

Consequência direta desse fluxo tecnológico foi a criação da internet nas três últimas décadas do século XX, também com fins militares dentro do contexto da guerra fria e da ameaça constante de um novo conflito mundial. Sua finalidade, portanto, era a criação de um sistema de comunicação que resistisse a ataques nucleares, vez que a tecnologia de troca de pacotes tornava a rede independente de centros de comando e controle, “para que a mensagem procurasse suas próprias rotas ao longo da rede, sendo remontada para voltar a ter sentido coerente em qualquer ponto da rede” (CASTELLS, 2005, p. 82).

O aperfeiçoamento da tecnologia acima referida ensejou na ruptura entre as pesquisas com finalidade unicamente militar, passando a ser disponibilizada para cientistas, até o momento de sua completa privatização, sem a regulação de qualquer órgão ou autoridade supervisora (CASTELLS, 2005). Modo sucinto, após o engajamento de pesquisas na área, é em aproximadamente em 1990 que surge o aplicativo da *World Wide Web*, organizando os sítios digitais por informação, facilitando a pesquisa para os usuários e distribuído gratuitamente (CASTELLS, 2005). Este pode ser considerando, portanto, o marco histórico definitivo da era da informação, pois a plena difusão da internet passaria a conectar o mundo em um sistema de redes sem precedentes, dando vida a expressão “sociedade em rede” utilizada por Castells.

Retornando às lições de Lisboa (2006, p. 9), cumpre destacar os principais efeitos oriundos da revolução informacional segundo o autor, a saber: a transnacionalização e o surgimento de blocos econômicos; o *e-commerce*; a



economicidade da informação; a formação de bancos de dados; a transferência eletrônica de dados; e no âmbito jurídico, o estabelecimento de normas comunitárias, visando a uniformização do tratamento legislativo da matéria. Em outras palavras, pode-se concluir que o advento das tecnologias informacionais operou mudanças significativas em todos os ramos do cotidiano, alterando a lógica até então vigente, seja em matéria de trabalho, lazer, questões mercadológicas, jurídicas e também no âmbito da educação, entre tantas outras.

Através deste processo, e, sobretudo no início do século XXI, período no qual as tecnologias informacionais passam a ser encontradas com mais facilidade e por valores mais acessíveis até mesmo em países mais pobres, se fortalece e consolida a figura das mídias digitais, conceito que engloba uma série de tecnologias mas com destaque especial para a internet. Passa a haver, assim, uma predominância e prevalência da informação em sua forma digital sobre a produção física oriunda do modelo industrial. Conforme Levy:

A mídia digital do século XXI é caracterizada por uma possibilidade de expressão pública, de interconexão sem fronteiras e de acesso à informação sem precedente na história humana. Esta mídia vem substituindo, absorvendo o antigo sistema das mídias estruturado pela edição em papel, o cinema, os jornais, o rádio e a televisão. Logo no princípio dos anos 2000, parecia-me que o crescimento da mídia digital resultaria em uma transformação radical da esfera pública que teria profundas e duradouras consequências políticas (LEVY, 2011, p. 43).

A evolução técnica dos aparelhos, sobretudo o computador e semelhantes, e também dos próprios *softwares* leva ao surgimento do que passou a ser conhecido como ciberespaço (sendo a internet o mais conhecido e sofisticado), ou em outras palavras, uma “estrutura virtual transnacional de comunicação interativa” (ADOLFO, 2006, p. 195). Entre suas principais características, Gonzaga Adolfo (2006, p. 197) ressalta sua imaterialidade (o meio *online* proporciona a superação das distâncias geográficas e do plano físico); sua velocidade (dado à implementação de tecnologias mais sofisticadas aos aparelhos); do caráter próprio da virtualidade (vez que o utilizador do ciberespaço o faz na virtualidade de dois vetores – do espaço e do outro); a “espectralização” (no sentido de supressão do diálogo tradicional, físico e sensorial para um diálogo no qual os participantes são “fluxos verbais”); sua interatividade (numa lógica de interação entre a máquina, o *software*, com a imagem virtual e com o ponto ou pessoa dentro da rede); e por fim, o macrodeslocamento



que ocorre do território ordinário para o info-território, quer dizer, da realidade física para a realidade virtual.

Retomando as lições anteriores, Levy (2011) destaca que em já tendo se solidificadas as tecnologias básicas como os computadores pessoais, a própria rede global, a *Web* e os mecanismos de pesquisa, há que se falar, agora, no enriquecimento que a mídia digital (especificamente a internet, neste caso) se vê inserida. O autor cita, assim, o surgimento das Wiki's, a blogosfera, instrumentos de boomerking social, Facebook, Flickr, Youtube, Twitter e tantas outras (LEVY, 2011, p. 43), que atraem cada vez mais usuários à rede, multiplicando os acessos não apenas nos países detentores de maior poder econômico, mas em âmbito global.

Importante ressaltar que estas mídias sociais transcendem a noção de simples entretenimento, mas compõem uma nova forma cultural que Levy (1999, p. 17) denomina “cibercultura”, referindo-se ao conjunto de “técnicas materiais e intelectuais, de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”. Ademais, as mídias digitais possuem relevante papel tanto na disseminação de informações, como bibliotecas digitais, documentários, filmes, entre tantos outros, o que auxilia diretamente na formação dos indivíduos que as consomem, bem como nos elementos do cotidiano, como relações de consumo digitais, novas oportunidades de emprego, etc.

Tendo em vista os impactos acima citados, é, por óbvio, imprescindível que o direito passe a exercer sua tutela no ambiente digital, seja impondo restrições gerais ou garantindo a proteção dos usuários em nível individual, além é claro de garantir e fomentar o acesso à rede – tópicos que serão melhores explorados na terceira parte desta pesquisa. Sobre este aspecto, Gonzaga Adolfo (2006) aponta haver autores que defendem a existência de um Direito da Sociedade da Informação como área autônoma, seja pela necessidade de se disciplinar os fenômenos atrelados à informação, vez que estes exercem grande poder tanto sobre o Estado quanto ao cidadão, como também pelo crescimento exponencial do comércio eletrônico.

Para ilustrar o quadro mencionado e justificar a participação do Estado na sociedade da informação, pode-se trazer pesquisa realizada por Castells (2005) que apresenta dados demonstrando que nos primeiros anos do século XXI o acesso à rede estava vinculado à renda e a educação dos indivíduos, e não a questões como sexo ou raça. Muito embora os índices estatísticos trazidos pelo autor já possam ser



considerados datados, vez que o acesso à rede de computadores aumenta em níveis impressionantes a cada ano, a lógica permanece inalterada: indivíduos em situações de extrema pobreza (na qual impera, também, um déficit educacional) ou situados em localidades geográficas mais ermas possuem restrições de acesso ou até mesmo completa impossibilidade e/ou desconhecimento.

Outro ponto relevante recai no aspecto psicológico abordado por Pezzella e Camargo (2009, p. 86), no sentido de que o ser humano possui vulnerabilidade à sugestão, e tal condição está diretamente relacionada ao seu grau de educação ou ao seu “sentimento interior de paz que pode ser por ele construído”. Os autores trabalham esse tema num contexto publicitário, quer dizer, nas constantes estratégias de marketing que induzem necessidades aos seres humanos e cada vez mais se encontram amparadas pelas tecnologias disponíveis na rede, num nível que beira a violação do sigilo individual para plena obtenção de informações das possíveis necessidades dos usuários.

Por fim, Levy (2011) aponta a complexidade da participação na esfera pública (referindo-se aqui à internet) do século XXI em comparação com a antiga, vez que a atual exige mais competências e refinamento dos participantes, ou em suas palavras, uma alfabetização para a inteligência coletiva na mídia digital:

Assim como a leitura de jornais e de livros pressupunha uma alfabetização da população, devemos agora considerar a alfabetização para a inteligência coletiva na mídia digital. Claro, a coisa pode parecer muito difícil. Mas o que os escribas da era faraônica do Egito teriam pensado se fossem informados: "haverá, no futuro, um estado da civilização e do desenvolvimento humano no qual 85% da população de um país saberá ler e escrever" Eles provavelmente teriam considerado isso impossível! No entanto, a experiência histórica prova que a habilidade de leitura e escrita não é necessariamente restrita a uma casta de especialistas. Então, por analogia, podemos (e mesmo, devemos) imaginar um estado da cultura no qual as capacidades de estabelecer prioridades, selecionar fontes, filtrar a informação de acordo com sua qualidade, categorizar e classificar os dados, sintetizar e colocar em perspectiva as informações brutas e interagir de maneira civilizada não serão mais os privilégios de uma elite, mas a prática normal, diária, dos participantes das conversas criativas do novo espaço público. Falo de uma alfabetização da inteligência coletiva, porque cada ato de classificação ou avaliação, cada emissão de informação, cada retransmissão de dados, cada registro em uma memória pessoal (que agora está contida em "nuvens" coletivas), cada envio de links de um site para outro, tudo isso contribui para informar e transformar a memória coletiva. Os participantes da nova esfera pública não são apenas autores, eles também são potenciais editores, bibliotecários, curadores e críticos. Por meio de cada uma de suas ações online, eles contribuem para a orientação dos outros participantes (LEVY, 2011, p. 45).



Pelo exposto, resta evidente tanto o poder transformador oriundo das tecnologias da sociedade em rede, sobretudo a internet, bem como alguns de seus elementos basilares. Torna-se cristalino, também, seu potencial emancipatório do intelecto humano, disponibilizando conteúdo das mais diversas naturezas, sendo instrumento chave para a educação nos (e para os) tempos contemporâneos. Dessa forma, importante se faz que os indivíduos se façam presentes nesse processo de forma adequada, usufruindo do máximo potencial disponibilizado por essas tecnologias. Para analisar o papel do ente público nesse quesito, inicialmente se faz fundamental uma breve análise acerca da teoria do dever de proteção do Estado.

### **3. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS NOÇÕES DE “DEVER DE PROTEÇÃO” DO ESTADO**

Simultânea à expansão das tecnologias que possibilitariam o cenário da sociedade em rede anteriormente abordada, e igualmente partindo do mesmo marco histórico, ou seja, o segundo pós-guerra, ocorre um fortalecimento das noções de democracia, com a positivação dos direitos humanos nas constituições, agora identificados como direitos fundamentais, operando sobre uma lógica segundo a qual a dignidade da pessoa humana é o valor máximo dos ordenamentos jurídicos, assim como princípio orientador da atuação do Estado e dos organismos internacionais (BARCELLOS, 2011, p. 130).

Outro elemento fundamental para a plena consolidação do Estado Democrático de Direito se deu pela revolução que ocorre dentro da própria teoria constitucional, o que altera completamente a maneira como a Carta é entendida e também operacionalizada. Assim, entre as alterações mais notórias, há de se fazer alusão a força normativa da Constituição, e também sua centralidade na nova ordem jurídica; seu caráter aberto e principiológico, que demanda uma constante (re)interpretação à luz de uma integração com a realidade; e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que origina uma vinculação dos demais poderes públicos a esses direitos.

Nesse contexto de evolução da jurisdição constitucional, ocorre como resultado lógico um processo de judicialização (que se manifesta em duas frentes distintas: a judicialização do direito e da política), colocando o Poder Judiciário como protagonista dessa nova ordem, lhe sendo atribuída competência para decidir



questões essenciais da sociedade, que anteriormente restavam incumbidas a outras instâncias (LEAL, 2012, p 434).

A judicialização do direito refere-se a já mencionada questão de a necessidade da construção de sentido normativo estar relacionada com a realidade, tendo em vista a abertura interpretativa proporcionada pelos princípios, gerando assim um direito mais jurisprudencializado do que legislado (LEAL, 2012, p. 435). A judicialização da política, por sua vez, pode ser caracterizada pela invasão do Poder Judiciário nas esferas de competência dos demais poderes (COSTA, 2013, p. 10), eis que o objeto dos Tribunais Constitucionais é a própria política.

Entre os novos elementos da dogmática dos direitos fundamentais, cumpre realizar aqui um estudo mais aprofundado da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois trata-se de elaboração de importância fulcral para a presente análise. Antes de explorar suas características, importante se faz identificar, preliminarmente, a gênese da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que remete ao “paradigmático” caso Lüth-Urteil, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958.

O litígio originou-se após a iniciativa de Erich Lüth, presidente do Clube de Cinema da cidade de Hamburgo, de incentivar os proprietários e o público a boicotar a exibição de um filme nas sessões locais, sob o argumento de que o diretor, ex-membro do partido nazista, havia inserido conteúdo anti-semita na película. O filme, por sua vez, não fazia qualquer alusão ao regime, mas mesmo assim foi um fracasso de arrecadação, o que levou tanto o diretor quanto a equipe de produção a ingressarem com uma ação buscando reparação pelos prejuízos oriundos do boicote, de modo que o debate consistiu em uma colisão entre o direito fundamental da liberdade de expressão *versus* a moral e os bons costumes insculpidos no Código Civil alemão.

Em primeira instância e utilizando como fundamentação o Código Civil, o caso foi julgado favorável aos produtores da película. Contudo, em sede de recurso, o Tribunal Constitucional da Alemanha reverteu a decisão anterior, sob o argumento de que ela violava o direito fundamental à liberdade de expressão. Para solucionar essa simples querela entre dois particulares, que resultou numa colisão entre o direito fundamental da liberdade de expressão contra regra ordinária inferior, a Corte alemã, em decisão histórica, erige o entendimento de que a Constituição não é neutra, mas sim uma ordem objetiva de valores. Em outras palavras, o direito



fundamental consistente na liberdade de expressão é um valor adotado por aquela comunidade, de modo que deve não só prevalecer sobre uma norma hierarquicamente inferior, mas ser entendido como parte de uma totalidade de sentido em constante relação.

Após a decisão, passa a se falar, portanto, de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, a subjetiva, ou os “direitos de defesa” do cidadão perante o Estado, e também uma objetiva, numa lógica de “proteção através do Estado”, que inclusive projeta-se para todo ordenamento jurídico (LEAL, 2007, p. 66). Essa projeção vincula as leis e também os demais poderes, que devem estar em plena consonância com os direitos fundamentais, o que ficou conhecido como eficácia de irradiação (LEAL, 2007, p. 66). Os direitos fundamentais, portanto, são a ordem fundante não só do ordenamento jurídico, mas também de toda a comunidade, atuando, ainda, como diretivas para a atuação dos poderes (NOVAIS, 2003, p. 65). Corroborando com o até aqui exposto, cumpre transcrever os apontamentos de Novais:

[...] desenvolve-se nos Estados sociais e democráticos de Direito do pós-guerra, mesmo que difusamente, a noção de que, para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima uma ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do Direito (NOVAIS, 2003, p. 67).

Além da vinculação vertical entre os direitos fundamentais e o Estado, verifica-se uma vinculação horizontal, ou seja, da dimensão objetiva atribuída a esses direitos também passa a ocorrer a proteção do indivíduo contra abusos provenientes de outros indivíduos (podendo haver aqui uma colisão entre direitos que resultaria uma ponderação). Não obstante, os direitos subjetivos individuais estão vinculados ao interesse comunitário (LEAL, 2007, p. 68), quer dizer, no momento em que se faz parte daquela comunidade, a proteção desses direitos ocorrerá em conformidade com a ordem objetiva de valores constituída pela coletividade.

Surgem, assim, noções acerca do dever de proteção, entendido como o outro lado dos direitos fundamentais. Isto porque, se de um lado esses direitos coíbem o Estado de agir, no intuito de proteger as liberdades individuais do indivíduo perante a própria ação estatal (direitos negativos), por outro o dever de proteção procura proteger o indivíduo de ameaças oriundas não do Estado, “mas, sim, de atores



privados, forças sociais ou mesmo desenvolvimentos controláveis pela ação estatal” (STRECK, 2008, p. 6).

A teoria do dever de proteção é ampliada a partir da segunda decisão acerca da descriminalização do aborto na Alemanha (BverfGE 88, 203), de 1993, na qual se discutiu a autonomia da gestante em realizar um procedimento abortivo em oposição a vida do feto. É desenvolvido, assim, o princípio da proibição insuficiente (*untermassverbot*), que opera sob a lógica de proteção contra as omissões do Estado (STRECK, 2008, p. 6), como pode ser visto na fundamentação da Corte alemã:

O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos, uma proteção adequada, e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). [...] É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 104.410/RS, Rel. Gilmar Mendes, 2012, p. 18).

Desse modo, Novais conclui que diante desse limite inferior da liberdade de conformação do legislador, o princípio da proteção insuficiente mostra-se de grande importância no desenvolvimento das funções objetivas dos direitos fundamentais, “tanto no âmbito do dever de proteção contra terceiros como nos de garantia de efetividade de exercício desses direitos ou nas prestações normativas e fáticas de organização e procedimento”, assim como a proibição de excesso (*übermassverbot*) faz-se importante nas clássicas funções de defesa, enquanto limite superior da discricionariedade de conformação (NOVAIS, 2003, p. 77).

Sob o influxo do dever de proteção e de seus subprincípios (*untermassverbot* e *übermassverbot*), os órgãos estatais restam, portanto, incumbidos de assegurar níveis eficientes de proteção aos direitos fundamentais, sujeitos a um sistema de controle desses órgãos, inclusive do próprio Poder Judiciário (SARLET, 2012, p. 297). Muito embora a função de tutelar esses direitos seja originariamente do Poder Legislativo, não raras vezes ocorre a influência direta do Poder Judiciário – o que vem associado à judicialização -, sobretudo no controle jurisdicional de políticas



públicas, gerando críticas ao próprio sistema democrático<sup>3</sup>.

Nesse panorama, através da ótica do dever de proteção aos direitos fundamentais, Leal aponta que o Estado “não se afigura mais como mero violador ou destinatário das proibições impostas por esses direitos, tornando-se responsável, também, por protege-los e por assegurar as condições para sua efetiva garantia” (LEAL, 2015, p. 229), e para tanto menciona a utilização do princípio da proporcionalidade como parâmetro de proteção, associado aos conceitos de proibição de proteção insuficiente e proibição de excesso, e, inclusive, a utilização do dever de proteção como fundamento para o controle de políticas públicas.

Tecidas estas breves considerações acerca do Constitucionalismo Contemporâneo e suas transformações, restaram analisadas as principais características da noção de dever de proteção, oriundas da “descoberta” da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sobretudo a obrigação do Estado em promover a proteção dos direitos fundamentais. Importante também a questão da judicialização, pois a concretização dos direitos acima descritos consiste no próprio objeto da política. Busca-se, agora, analisar o advento da sociedade da informação sob à luz da teoria do dever de proteção estatal.

#### **4 A TEORIA DO DEVER DE PROTEÇÃO FACE A NOVA ESFERA PÚBLICA**

As conclusões obtidas nos capítulos anteriores convergem para a realização da análise desta terceira e última etapa. Isto é, verificou-se num primeiro momento algumas transformações sociais proporcionadas pela internet, que vem remodelando diversos aspectos da vida cotidiana em todos os cantos do mundo. Diante dos mencionados efeitos, restou demonstrado que a rede mundial – a internet - afigura-se como ferramenta fundamental para formação intelectual e cultural de indivíduos, assim como instrumento capaz de promover a emancipação dos mesmos. Ademais, a internet passou a ser um terreno fértil para a geração de empregos, quando não

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, Costa esclarece que “A judicialização da Política garante a coerência e a sistematicidade do próprio ordenamento, na medida em que impede que questões sejam reguladas em desconformidade com os princípios básicos do Direito, que são redesenhados pelas próprias autoridades judiciais. Todavia, os imperativos de sistematicidade podem colidir com as concepções dominantes de política”. Dessa forma, concluí, “O problema não é propriamente a judicialização da Política, mas o modo como ela se tem processado. Portanto, o nosso desafio não é o de limitar a participação do Judiciário nos processos estatais de decisão, mas elaborar critérios de intervenção capazes de tornar essa participação proveitosa a uma sociedade democrática (...)”. In: COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, jan-abr. 2013. p. 40-42.



requisito básico para aquisição de diversos cargos, e também local em que se efetuam as transações do *e-commerce* e divulgação de propagandas das mais variadas formas – sendo que algumas destas fazem uso de dados pessoais dos usuários, no intuito de direcionar a veiculação de produtos.

Após, foi realizada uma breve explanação histórica e conceitual acerca da teoria do dever de proteção, discorrendo sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e também o dever do Estado em garantir a concretização destes direitos. Tal concretização dos direitos fundamentais opera sob uma lógica de proteção por excesso ou por insuficiência, quer dizer, fala-se de direitos negativos, hipóteses nas quais o direito é tutelado em face do Estado, e de direitos positivos, que como visto, cuidam-se daqueles que tem de ser promovidos e garantidos pelo ente estatal.

A convergência reside, portanto, primeiramente na obrigação do Estado tanto de assegurar que os indivíduos possuam acesso à rede e recebam uma educação que considere os contornos da atual sociedade da informação, instruindo os usuários tanto em questões técnicas de utilização como da importância e possibilidades destas tecnologias (proteção através do Estado). Em segundo lugar, na obrigação do Estado de evitar que ocorram censuras de qualquer espécie ao ambiente em rede, assim como proteja o indivíduo de violações de seu sigilo pessoal (proteção em face de terceiros e do próprio Estado).

No tocante a educação, há menção expressa na própria Constituição Federal, nos artigos 6<sup>o</sup><sup>4</sup> - que elenca a educação como direito fundamental – e 205<sup>o</sup><sup>5</sup> - lhe atribuindo a importante tarefa de desenvolvimento da pessoa humana, preparo para a cidadania e qualificação laboral. O direito à educação também é um direito humano, conforme a classificação apresentada por Sarlet (2012), vez que positivado em tratados internacionais, a saber, no Pacto de San José da Costa Rica, no Pacto Interamericano sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966) e também na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Inicialmente, cumpre fazer-se uma desconstrução da caracterização de educação como algo relativo à escola. Conforme Brandão (1981), não existe apenas

<sup>4</sup> Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

<sup>5</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, Constituição Federal, 1988).



uma forma nem um único modelo de educação, quer dizer, a escola não é o único local onde ela acontece, completando que talvez nem seja a opção ideal. Em sentido complementar, Andrade (2013), ao confrontar a afirmação de que a educação é algo obrigatório e de que ninguém dela escapa, afirma que “a educação como algo obrigatório refere-se a uma necessidade primordial dos humanos de serem ensinados a funcionar neste mundo no qual se encontram”. Assim:

A educação é, como outras, uma fração do modo de vida dos grupos sociais que a criam e recriam, entre tantas outras invenções de sua cultura, em sua sociedade. Formas de educação que produzem e praticam, para que elas reproduzam, entre todos os que ensinam-e-aprendem, o saber que atravessa as palavras da tribo, os códigos sociais de conduta, as regras de trabalho, os segredos da arte ou da religião, do artesanato ou da tecnologia que qualquer povo precisa para reinventar, todos os dias, a vida do grupo e a de cada um de seus sujeitos, por meio de trocas sem fim com a natureza e entre os homens, trocas que existem dentro do mundo social onde a própria educação habita, e desde onde ajuda a explicar -, de geração em geração, a necessidade da existência de sua ordem (BRANDÃO, 1981, p. 10).

O que impende destacar aqui é o fato de que quando da elaboração dos principais tratados internacionais e da própria Constituição de 1988, o fenômeno da sociedade em rede ainda encontrava-se em fase embrionária, de modo que não há qualquer menção expressa às tecnologias informacionais e sua importância. Todavia, a norma deve adequar-se ao contexto histórico, ou seja, a necessidade de se colocar um ato normativo no tempo e integrá-lo na realidade (HÄBERLE, 1997, p. 10). Isto significa que, através de uma interpretação oriunda da compreensão de uma sociedade contemporânea referente a determinado assunto, pode ocorrer a mutação da norma constitucional conforme alterações culturais desta mesma comunidade (HÄBERLE, 1997). Dentro deste tema, precisos se fazem os ensinamentos de Leal:

O fator tempo aparece, pois, como um fator importante para a interpretação, uma vez que ele influencia e modifica a realidade social, tida como elemento essencial da atividade hermenêutica, resultando, daí, a importância de incluí-lo como objeto de reflexão; isto porque, segundo assevera Häberle, nos métodos “clássicos” de interpretação, este aspecto referente ao desenvolvimento da Constituição é diminuído em detrimento da idéia de garantia e de segurança jurídica. Assim, a Constituição, compreendida em seu caráter cultural, deve poder modificar-se por meio da interpretação, de modo que o fenômeno da mutação constitucional (Verfassungswandlung) se afigura, nesse sentido, como sendo nada mais do que uma decorrência do desenvolvimento da norma no tempo (2010, p. 30).



Assim como Brandão (1981) aponta não haver como fugir da educação, sendo ela obrigatória, pode-se afirmar que, atualmente, dificilmente é possível escapar dos efeitos diretos da sociedade em rede – e os processos de educação devem incorporar essa nova realidade e preparar os indivíduos para a vida em uma sociedade em redes. A tendência é de que a maioria esmagadora dos processos seja digitalizada em diversas áreas de conhecimento, falando-se, inclusive, em aulas à distância, bem como as inúmeras oportunidades de trabalho que a rede vem proporcionando. Além desta inevitável perda de oportunidades laborais para quem não dominar os conceitos básicos da rede, um dos maiores riscos da exclusão digital reside no desperdício de conhecimento e informação, ampliando ainda mais as desigualdades sociais.

No tocante à exclusão digital, Castells (2005) aponta haverem três formas de um indivíduo ser excluído. Por óbvio, a primeira alternativa significa que o mesmo não possui acesso a um computador ou à rede. A segunda forma refere-se ao indivíduo possuir acesso a um computador interligado à rede, mas não possuir capacitação técnica suficiente para a mínima operação. Por fim, e aqui o autor destaca se tratar do ponto mais crítico, seria existir o acesso a rede, mas o usuário não saber o que pesquisar, ou como interligar as informações obtidas e utilizá-las em sua vida, aprofundando a exclusão em nível educacional e cultural, tendo em vista as múltiplas possibilidades ofertadas pelo mundo digital. Sob a lógica do dever de proteção anteriormente estudada, portanto, é papel do Estado participar desse processo, através de medidas positivas, garantindo tanto o acesso à rede como também uma educação atinente às particularidades dessas novas tecnologias que refletem na vida social, corrigindo um nível de proteção insuficiente (*untermassverbot*).

Outro caso a ser utilizado a título exemplificativo para situação de proteção insuficiente por causa de lacuna ou ausência de legislação específica é o da lei Carolina Dickmann (BRASIL, Lei n.º 12.737, 2012). A referida lei foi criada para introduzir a tipificação de delitos informáticos no Código Penal, recebendo o nome da atriz em virtude do episódio em que esta teve fotos íntimas copiadas do seu computador pessoal e divulgadas na internet.



Por sua vez, a recente tentativa das operadoras de telefonia brasileiras de limitar a banda disponível de cada usuário a um pacote mensal<sup>6</sup> representa situação em que o Estado precisa evitar que o interesse de terceiros violem os direitos fundamentais da coletividade. Embora ainda não haja decisão definitiva acerca da matéria, a mera menção da intenção já configura algo preocupante, pois limitações desta natureza comprometeriam imensuravelmente o acesso de indivíduos de camadas mais pobres da população, que se veriam privadas de uma infinidade de possibilidades – diferente dos indivíduos que, com maior renda, podem pagar valores maiores no consumo de mídias e informação – logo, possuindo maior acesso à cultura, informação, etc., e por consequência, obtendo vantagens que ampliam a desigualdade social.

Finalmente, cumpre agora analisar outros aspectos da sociedade em rede em que o Estado deve se fazer presente em níveis adequados de proteção, mais especificamente naqueles em que deve atuar de forma negativa, coibindo excessos em sua atuação. Exemplo claro e contemporâneo se encontra nas recentes decisões da justiça brasileira no sentido de ordenarem o bloqueio do aplicativo *Whatsapp* em todo o território nacional, seja em sede de investigação motivada por inquérito policial como pelo fato da empresa responsável pelo aplicativo não fornecer dados solicitados pela justiça<sup>7</sup>. As decisões supra não afetaram tão somente as empresas responsáveis pelo programa, mas sim milhões de usuários, configurando grave e massiva violação de direitos fundamentais, mormente o artigo 5º, XIV, da Constituição Federal, que versa sobre o acesso à informação. Ademais, milhares de pessoas dependem do aplicativo para exercerem e/ou facilitarem suas atividades laborais, tendo, igualmente, seus direitos violados e sua condição prejudicada.

Nesse caso, verifica-se hipótese de proteção excessiva pelo ente Estatal (*übermassverbot*), ou seja, a ação do próprio estado gerou lesão aos direitos fundamentais. Isto porque, sobretudo, o magistrado não considerou os efeitos diretos de sua decisão dentro de um cenário de sociedade em rede, o que evidencia a velocidade das transformações sociais provocadas pela internet.

<sup>6</sup> Mais informações disponíveis em: <<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/08/cct-pode-votar-proibicao-de-limite-de-velocidade-em-internet-fixa>>>. Acesso em 04 jul 2016.

<sup>7</sup> Optou-se, aqui, por não discorrer acerca do mérito ou fatos que motivaram as decisões, mas tão somente seus efeitos, vez que comprometem direitos coletivos.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações sociais trazidas pela sociedade da informação são inquestionáveis e constantes, alterando todo um sistema que vigeu até poucas décadas atrás. Não causa surpresa, portanto, a dificuldade que alguns indivíduos de mais elevada idade possuem para assimilar as novas tecnologias, sustentando um discurso de louvor aos tempos passados em que a simplicidade e as relações físicas imperavam. Longe de buscar analisar qual o modelo mais saudável para a vida humana, fato é que a nova realidade informacional passa a exigir dos indivíduos alguns conhecimentos específicos e quem não os domina ou pelo menos conhece alguns conceitos básicos, encontra-se excluído e alienado desse processo de transformação.

Os resultados dessa exclusão não são determinantes, quer dizer, nada impede um indivíduo sem acesso à nova esfera pública de prosperar economicamente e desenvolver-se plenamente, contudo, nos tempos atuais e ante todo o exposto anteriormente, é inquestionável que o afastamento das tecnologias informacionais representa uma significativa barreira no combate à todo tipo de desigualdade. Outrossim, tal barreira encontra-se em constante ampliação, vez que a cada curto período de tempo uma nova tecnologia é incorporada à sociedade, procedendo em alterar ainda mais o modelo com o qual havíamos acabado de nos habituar.

A capacidade de acesso à rede e também noções fundamentais acerca de seu uso e de sua importância, assim como a proteção dentro deste espaço cibernético configuram, portanto, uma obrigação do ente estatal, incumbido de concretizar os direitos fundamentais elencados no texto constitucional e nos tratados internacionais de direitos humanos. Através das noções da teoria do dever de proteção estatal seria possível, finalmente, romper os muros imaginários e simbólicos que impedem muitas vezes que indivíduos exerçam seu máximo potencial ou sequer tomem conhecimento de suas aptidões, promovendo sua emancipação educacional e reduzindo a pior das desigualdades: a intelectual.

## REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.



ANDRADE, Marcelo. É a educação um direito humano? Em busca de razões suficientes para se justificar o direito de formar-se como humano. Educação, Porto Alegre, vol 38, nº 1, pg. 21-27, jan./abr., 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRANDÃO, Carlos. O que é educação? São Paulo: Brasiliense, 1981.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.737, de 30 nov. 2012. Brasília, 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. Segunda Turma. Julgado em 06.03.2012. Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 18. Disponível em: <<http://www.stf-jus.br>>. Acesso em 01/07/2016.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, jan-abr. 2013.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de "proibição de proteção insuficiente" pelo Supremo Tribunal Federal. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

\_\_\_\_\_. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente "um activismo" o "el" activismo? In: *Estudios Constitucionales*: revista semestral del centro de estudios constitucionales de Chile. Santiago, v. 10, n. 2, 2012.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro. Revista de Direito Público, DPU. 2010. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/530/98>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 95, v. 847, maio 2006



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta Internacional de los Derechos del Hombre* (1948). Disponível em <<http://www.un.org/spanish/documents>>. Acesso em: 09 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Disponível em <<http://www.un.org>>. Acesso em: 09 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) (1969). Disponível em <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Sociedade da Informação e as redes sociais. *Juris*, Rio Grande, v. 14, p. 81-103, 2009.

LÉVY, Pierre. A esfera pública do século XXI. 2011. Disponível em: <<<http://escoladeredes.net/group/bibliotecapierrelevy/forum/topics/a-esfera-publica-do-seculo-xxi>>>. Acesso em: 01 jul 2016.

\_\_\_\_\_. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999;

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecente”? Publicado em 11.07.2008, p. 6. Disponível em <<http://leniostreck.com.br/lenio/artigos>>. Acesso em 14/10/2015.