

O DEVER DE PROTEÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Fernando Roberto Schnorr Alves

Mônia Clarissa Hennig Leal

Resumo: Com a possibilidade de comunicação em rede, cada vez mais se potencializou o alcance e a dinâmica da comunicação, criando um ambiente novo, virtual e interativo. Ocorre que esse espaço público necessita de regulação, pois ainda que a liberdade de informação seja pressuposto fundamental para essa nova Sociedade Informacional, pode acarretar igualmente no mal uso da rede e, inclusive, em violações à direitos fundamentais. Diante disso, o presente trabalho busca analisar o papel do Estado na defesa dos direitos fundamentais nesse novo espaço social. Para cumprir essa tarefa, a análise leva em consideração a teoria do dever de proteção, que abrange tanto a “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*), como também a “proibição de excesso” (*Übermassverbot*) na atuação do Estado na garantia dos mencionados direitos. Assim, constata-se como é fundamental a compreensão do dever de proteção para, diante de uma análise da proporcionalidade da atuação estatal, averiguar quando o Estado se mostra omissivo e deficiente ou quando sua proteção excede o seu dever na garantia dos direitos fundamentais, especialmente na regulação das relações na Sociedade da Informação.

Palavras-chave: Garantia de Direitos Fundamentais; Sociedade da Informação; Teoria do Dever de Proteção.

Abstract: With the possibility of communication network, becoming increasingly potentialized the range and the dynamic of the communication, creating a new virtual and interactive environment. It turns out that this public space needs regulation because although freedom of information is fundamental precondition for this new Informational Society, can also result to misuse of the

network and even on fundamental rights violations. Therefore, this paper analyzes the state's role in the defense of fundamental rights in the new social space. To accomplish this task, the analysis considers the Protection Duty Theory, which covers both the "prohibition of poor protection" (Untermassverbot), as well as the "prohibition of excess" (Übermassverbot) in State performance in the defense of these rights. Thus, it appears as fundamental understanding the protection duty to before an analysis of the proportionality of State action, to inquire when the state shown negligent and deficient or when their protection exceeds its duty in ensuring fundamental rights, especially the regulation of relations in the Information Society.

Keywords: Fundamental Rights guarantees; Information Society; Protection Duty Theory.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade encontra-se cada dia mais conectada à rede e muito mais dinâmica, ocupando um novo espaço público, graças à Internet. Por ela, usuários do mundo todo podem se comunicar de forma que a comunicação expandiu seu alcance e derrubou fronteiras, possibilitando que todos os indivíduos conectados possam se expressar para uma grande massa indeterminada e praticamente ilimitada. A interação entre os usuários e a utilização desse espaço para as mais diversas finalidades torna o ambiente propício para uma nova cultura, ou melhor, uma cibercultura como se verá adiante.

Nesse terreno fértil, cujo campo é vasto e com grande potencial para exploração, compete ao Estado o dever de garantir também no mundo virtual a garantia dos direitos fundamentais. A sociedade da informação se apresenta como uma consequência direta de uma revolução informacional, que impacta na seara social, político, econômica e, inclusive, em questões jurídicas. Ainda que o ordenamento já estabelecido apresente mecanismos para a garantias dos referidos direitos, a complexidade das relações no mundo virtual e suas

peculiaridades exige novos instrumentos para uma efetiva proteção dos indivíduos.

Sendo assim, surge a necessidade de novas regulações por meio de normas jurídicas voltadas à realidade virtual e até mesmo um novo olhar dos julgadores para interpretar as normas para essas formas de interações sociais (e até comerciais) recém surgidas, que permitam o desempenho de uma efetiva defesa dos direitos fundamentais. Diante disso, o presente trabalho busca analisar o papel do Estado na defesa dos direitos fundamentais nesse novo espaço social.

Para tanto, será trabalhado inicialmente o novo contexto social com as redes de comunicação virtuais, o surgimento de uma inteligência coletiva, *e-commerce* e os reflexos no âmbito jurídico. Posteriormente, será analisada a atuação do Estado na regulação do mundo virtual, em especial no que tange à proteção dos indivíduos de eventuais violações de seus direitos fundamentais, ilustrando a pesquisa com alguns casos paradigmáticos.

1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Vivemos em uma sociedade acostumada com constantes inovações tecnológicas, onde cada vez mais os indivíduos interagem virtualmente e se comunicam por diversos meios de comunicação. O processo de criação de novas tecnologias se mostra cada vez mais apurado e dinâmico, acelerando o ritmo da evolução da comunicação entre os indivíduos da sociedade. A comunicação se tornou instantânea, inclusive com transmissão em tempo real de vídeos. Não bastasse isso, passamos grande parte do dia conectados à Internet, espaço que nos permite fazer desde compras sem sair de casa até participar de congressos *online* à distância.

Inovações como a criação da imprensa (atribuída por vezes ao holandês Laurens Coster, por volta de 1430, ora ao alemão Johannes Gutenberg, em meados do século XV, por utilizar um método que mais moderno que a xilografia daquele, embora os chineses já dominassem uma

técnica similar desde o século XII), da radiodifusão (desenvolvida pelo italiano Guglielmo Marconi, em 1896), da televisão (inventada pelo alemão Paul Gottlieb Nipkow, em 1884, mas só patenteada em 1923 pelo russo Vladimir Zworykin), do telefone (cujo criador é Alexander Graham Bell, em 1876, embora já antecedido de dispositivos similares) e do telégrafo eletromagnético (do norte-americano Samuel F. B. Morse, 1937), demonstram como esse processo (de transformação dos meios de comunicação) era lento e gradual, mas que sempre apontou para a redução entre o período de um invento a outro (BARSA, 2002).

Porém, com o advento dos computadores modernos, em especial os “computadores pessoais” entre os anos 80 e 90, que acarretou em grande transformação na comunicação, cada vez mais veloz e exigindo de seus comunicadores o acompanhamento desse processo evolutivo. Com a computação, ainda que não houvesse a interatividade que existe nos dias atuais, o processamento de dados sofre significativa alteração, uma vez que antes eram realizados por registros em papel e, posteriormente, cartões perfurados (RUARO e RODRIGUEZ, 2010).

O processamento de informações foi amplamente desenvolvido com a ciência informática, cuja origem se dá no contexto militar nos Estados Unidos da América, com estudos realizados desde os anos da década de 1960. A criação de uma rede de comunicação entre computadores desvinculou-se dos órgãos governamentais em meados dos anos 1990, quando com a privatização surgiu a *world wide web*, possibilitando uma expansão em escala mundial (CASTELLS, 2004).

Com a possibilidade de comunicação em rede, cada vez mais se potencializou o alcance e a dinâmica da comunicação, criando um ambiente novo, virtual e interativo. Conforme aponta Castells (2013), o “processo de comunicação socializada” é a nossa principal fonte da produção social de significado, sendo que a comunicação é a responsável por dar significado e compartilhar informações entre os indivíduos. Desse modo, o ato de

comunicar-se constitui as redes que conectam as pessoas nessa nova realidade. O referido autor ainda coloca que:

A contínua transformação da tecnologia da comunicação na era digital amplia o alcance dos meios de comunicação para todos os domínios da vida social, numa rede que é simultaneamente global e local, genérica e personalizada, num padrão em constante mudança. [...] A autocomunicação de massa fornece a plataforma tecnológica para a construção da autonomia do ator social, seja ele individual ou coletivo, em relação às instituições da sociedade. É por isso que os governos têm medo da internet, e é por isso que as grandes empresas têm com ela uma relação de amor e ódio, e tentam obter lucros com ela, ao mesmo tempo que limitam seu potencial de liberdade [...]. (CASTELLS, 2013).

O conceito utilizado por Castells sobre autocomunicação tem relação com essa grande mudança desencadeada pela Internet e redes sem fio, como plataformas da comunicação digital, onde se potencializa o alcance das mensagens devido a multiplicidade de receptores e de uma infindável rede (horizontal) de transmissão de informações. Tudo que vai pra rede está interligado. Por ser interativa, torna o poder multidimensional, de difícil controle por um número limitado de agentes (CASTELLS, 2013).

Neste cenário, as redes sociais são uma ferramenta de ilimitado potencial, tendo em vista que quebram com o antigo padrão das técnicas e práticas ligadas à informação que eram antes orientadas apenas por determinados gestores. Atualmente, toda essa estrutura possibilitou o surgimento do fenômeno denominado por Pierre Lévy como “inteligência coletiva”, que concede maior valor ao indivíduo e se utiliza do trabalho coletivo dos próprios usuários para se organizar e orientar. Assim, a inteligência coletiva é justamente a soma da contribuição de cada indivíduo, que compartilham de seus conhecimentos (inteligência e experiência) para toda a rede (BEMBEM e SANTOS, 2013).

Contudo, Lévy esclarece que com a enorme facilidade fornecida pela mídia digital de difundir o conteúdo da comunicação, que fortalece a liberdade de expressão, o cidadão tem agora a tarefa de selecionar quais as fontes de informação julga ser interessante de buscar. Não apenas isso, mas distinguir a

fonte de informação do mero canal de comunicação, cabendo ao próprio usuário da rede a incumbência de avaliar em quais canais ele pode depositar sua confiança (LÉVY, 2011).

Do mesmo modo, o renomado autor aponta que essa nova situação exige um “novo processo de alfabetização para a inteligência coletiva”, que permita ao público a capacidade de estabelecer prioridades, de filtrar a informação e poder interagir nesse novo espaço público digital (LÉVY, 2011).

Tamanha é a transformação social causada pela nova tecnologia desenvolvida no último século que Lisboa (2006) compara a revolução informacional à revolução industrial. Isso decorrente do fato de que ambas provocaram grandes mudanças sociais, políticas e econômicas na sociedade do século XVIII/XIX e do século XX/XXI respectivamente.

Assim, como reflexos no campo jurídico, a revolução industrial acarretou no surgimento da classe operária e de contratos de prestação de serviços civis já predispostos ou por adesão, ou seja, contratos elaborados unilateralmente pelos comitentes. Gerou a contratação massificada de empregados, que levou a uma padronização contratual, impactando no cerceamento de liberdade de fixação do conteúdo do contrato. Implicou na personificação da família moderna, substituindo a unidade de trabalho familiar pela divisão de trabalho entre os seus membros. Igualmente, causou o aumento da participação popular no processo político, social e econômico, em razão da reivindicação de direitos (trabalhistas e consumeristas). Possibilitou o surgimento de contratos coletivos de trabalho e a responsabilidade civil objetiva. Ainda, houve a criação de normas jurídicas de ordem pública e cláusulas gerais de contratação, buscando o reequilíbrio na relação contratual (LISBOA, 2006).

Já a revolução na sociedade informacional, apontada pelo autor (LISBOA, 2006) como sucessora da sociedade industrial, tem como seu desencadeador o computador, assim como foi a mecanização para a revolução industrial. Contudo, cabe reforçar toda a evolução dos meios de comunicação, desde a invenção da escrita, do alfabeto, do papel, da prensa, do telefone,

fonógrafo, etc., até alcançarmos enfim com o computador a revolução informacional.

A referida revolução foi a causa da transnacionalização e o surgimento de blocos econômicos (como movimento sócio-econômico de integração mundial), do surgimento do *e-commerce* (aquisição de produtos e serviços através da rede), economicidade da informação (atribuição de valor econômico, de formar a constituir ativo intelectual da pessoa), formação de banco de dados e transferência eletrônica dos mesmos, etc. (LISBOA, 2006).

A Sociedade da Informação é identificada por Lisboa (2006) como:

[...] o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos.

Para o citado autor (LISBOA, 2006), embora boa parte da população não possui ainda acesso a esses meios de comunicação (por não possuir computador pessoal), não significa a inexistência da revolução tecnológica, pois mesmo na revolução industrial nem todos possuíam acesso às máquinas da época, por exemplo. Portanto, assim como a revolução industrial introduziu um aumento de produção e intensificou a produtividade através do acúmulo de capital, trazendo consigo as injustiças sociais da nova ordem econômica, a tecnologia industrial transformou e trouxe uma nova forma de concorrência, no que tange à produção em massa.

Desse modo, para combater a deslealdade na concorrência, foram introduzidas normas jurídicas compatíveis com a nova realidade, como por exemplo a legislação antitruste. Igualmente, no campo do direito, acaba exigindo a criação de novas normas e princípios, como o princípio da não autorização prévia, princípio da transparência, o direito de recusa à comunicação comercial não solicitada, princípio da responsabilidade dos intermediários, e muitos outros, além dos que estão para surgir (LISBOA, 2006).

Ocorre que esse espaço público necessita de regulação, pois ainda que a liberdade de informação seja pressuposto fundamental para essa nova Sociedade Informacional, pode acarretar igualmente no mal uso da rede e, inclusive, em violações à direitos fundamentais. Tais violações podem prejudicar direitos individuais como o direito à intimidade e à honra, ou ainda direitos coletivos, mesmo difusos, como no caso do direito do consumidor no comércio eletrônico.

Nesse último caso, cabe ressaltar a “nova cultura do consumo virtual” e suas implicações jurídicas, em especial no âmbito do *e-commerce* (comércio eletrônico). Introduz dessa forma na sociedade o conceito de cibercultura, diante do atual cenário de alta modernidade, uma vez que a noção de consumo foi redefinida pelo ciberespaço. Não apenas o consumo, mas os próprios indivíduos tiveram seu papel redefinidos, seja na circulação, no consumo dos bens, informações ou imagens, a tal ponto que se fala na despersonalização da relação de consumo (o que não significa em sua fragmentação) (BARRETO, 2011).

Nesse sentido, Rodrigues (2007) aborda essa despersonalização como uma imagem conceitual da subjetividade, que busca se livrar dos seus constrangimentos, não mais constituída na experiência, mas como um princípio plástico, anárquico e nômade:

O heterônimo dos virtuais se torna essa encruzilhada rizomática, que faz passagens e que redistribui sensações, ritmos vitais, jamais comunicáveis. E quem sabe se, pela despersonalização criativa não iremos desencaminhar ou redesenhar os dinamismos de tempos previamente definidos pela lógica "virtual", das máquinas simulacrais. É por isto que a arte precisa tentar se mover sempre um átimo à frente dessa axiomática tecnológica dominante. (RODRIGUES, 2007).

Nesse sentido, ressalta-se a impessoalidade e as generalizações como principais características dessa nova cultura e do ciberconsumidor, ambiente marcado pelo dinamismo. Assim, é necessário voltar-se para os problemas da oferta e da publicidade eletrônicas, bem como para a proteção desse novo consumidor. Tal panorama exige uma dimensão interpretativa da legislação

vigente e do contexto social-tecnológico, pois a interpretação jurídica precisa se comunicar com a realidade social, ainda que virtual.

Veja-se que as redes sociais são tidas, atualmente, como estruturas sem organização física específica, mas que torna-se visível a partir dos relacionamentos estabelecidos entre os mais distintos sujeitos e grupos que nela se organizam. Outrossim, constata-se a hibridação do comércio eletrônico tradicional com as redes sociais, originando a fusão das funções comerciais com toda a arquitetura das redes sociais. Desse modo, o *social commerce* remodela não só a noção de espaço, como de tempo, território, identidade, publicidade e privacidade, sendo caracterizado pelo grande poder lhe oferecido pela estrutura nas redes sociais na internet (BARRETO, 2011).

Diante disso, constata-se toda a complexidade envolvida nessas relações virtuais, cujo campo não apresenta ainda a mesma solidez em termos de regulamentação que os mecanismos tradicionais de comunicação e de relação entre as pessoas. Com a finalidade de evitar abusos e violações de direito, o Estado se impõe para a garantia dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou coletivos/difusos. Ocorre que sua atuação para cumprir com o seu dever de proteção não pode ocorrer em excesso (o que poderia acarretar na violação da liberdade de expressão, por exemplo), bem como não pode ser omissivo ou insuficiente, devendo agir dentro de uma margem considerada adequada para a garantia desses direitos. Desse modo, o presente trabalho prossegue com uma análise do dever de proteção na atuação estatal.

2 O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

No atual Estado Democrático de Direito, a função estatal abrange tanto a proteção negativa (no sentido de que não interfira na liberdade dos seus cidadãos) como um dever prestacional (cujo papel positivo, que exige uma ação estatal, é fundamental para concretização de determinado direito). Desse

modo, exige-se do Estado um comportamento que garanta os direitos fundamentais, agindo em sua defesa, buscando a sua concretização, seja um agir positivo (prestacional) ou negativo (de não intervenção).

Conforme defende Lênio Streck (2004), a Constituição de 1988 apresenta uma direção diretiva para o Estado, sendo que o referido autor destaca que todas as normas da Constituição são dotadas de eficácia, mesmo as que são denominadas normas “programáticas”, que comandam a atividade do legislador na busca de um objetivo do constituinte. Exemplo dessas normas seria a busca da igualdade, da redução da pobreza e até mesmo a proteção da dignidade, pois a concretização desses fins previsto na nossa Carta Magna só é possível com a atuação do legislador.

Não obstante, deve-se compreender que a Constituição impõe ao legislador essa tarefa/dever de concretizar os direitos, mesmo os dotados dessa característica “programática”. Isso não significa que o legislador possui o poder de decidir se irá agir ou não na proteção desses direitos, mas tão somente terá certa discricionariedade para escolher o modo como irá implementá-los e garanti-los. Nesse sentido, Lênio Streck refere que a partir do Estado Democrático de Direito o legislador não detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma liberal-iluminista, uma vez que “a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social” (STRECK, 2004), sendo que nenhum campo do direito está imune a essa vinculação constitucional.

Com relação à aplicação imediata (prevista no § 1.º do artigo 5.º da Constituição Federal), embora algumas normas dependam de regulamentação para que se possa atingir sua plenitude ou necessitem da atuação prestacional do Estado, não há que se falar que os direitos fundamentais permaneçam reféns da ação desse. Embora dependentes de sua atuação, esses direitos devem sim ser efetivados, ocorrendo muitas vezes a busca judicial pela sua concretização em função da inércia estatal ou mesmo por eventuais abusos em sua atuação. Importante ressaltar os ensinamentos de Ingo Sarlet (2012):

[...] o dever de outorgar às normas de direitos fundamentais sua máxima eficácia e efetividade convive, por sua vez, com o dever de aplicação imediata de tais normas, razão pela qual se fala [...] no que

diz com a aplicabilidade imediata, em uma regra que enuncia tal dever. Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. Para que os direitos fundamentais possam ser efetivamente “trunfos contra a maioria” também é preciso que se atente [...] de que é a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais e não o oposto. (Grifado no original).

Ainda, o referido autor coloca que é possível compreender do texto constitucional tanto um dever de maximização da eficácia e efetividade das normas que tratam de direitos fundamentais como a regra de sua aplicabilidade imediata das mesmas, do que deriva a exclusão do caráter meramente programático das normas de direitos fundamentais, “que não podem ser reduzidas à condição de normas não autoaplicáveis, no sentido de normas destituídas de qualquer eficácia ou aplicabilidade” (SARLET, 2012). Portanto, a eficácia da lei não pode, em regra, impedir a aplicação da norma que garante o direito, pois se acaso esse fosse o entendimento, esvaziar-se-ia as normas a ponto de serem implementadas conforme a disposição política, em vez de uma garantia contra uma maioria.

Voltando-se especificamente para a atuação estatal, quando de sua função de assegurar os direitos fundamentais, em especial os que exigem uma prestação por parte do Estado, é importante ressaltar a preocupação do sistema jurídico em assegurar que o este os proteja de maneira suficiente, bem como sem excesso de proteção.

Diante desse dever, a doutrina alemã, como aponta Lênio Streck (2004), passou a denominá-lo de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*), para o caso da omissão estatal. Outrossim, em contrapartida, no caso do Estado agir de modo desarrazoado na proteção de um direito fundamental e violar, dessa forma, outro direito fundamental envolvido no caso, trata-se de “proibição de excesso” (*Übermassverbot*), segundo a doutrina alemã.

Tais conceito podem definir-se como um critério estrutural para a determinação do dever de proteção do Estado na promoção e garantia dos direitos fundamentais, sendo que sua utilização serve justamente para determinar se um ato ou omissão estatal viola ou não um direito fundamental que exige proteção, sendo que sua aplicação está ligada diretamente ao princípio da proporcionalidade. Assim:

[...] a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (STRECK, 2004).

Considerando a grande alteração causada na estrutura social, política e econômica na Sociedade da Informação, cuja dinâmica exige do ordenamento jurídico cada vez mais uma adaptação para impedir possíveis violações de direitos fundamentais, o Estado vem sendo exigido das mais diversas formas. Porém, antes de adentrar em qualquer exemplo fático que corrobore a afirmação anterior, impende referir que essa revolução informacional não é taxada pelo presente trabalho como algo negativo, muito pelo contrário. Por meio dela se difunde cada vez mais o conhecimento (bem como desenvolve-se a referida inteligência coletiva já mencionada no início deste artigo) e possibilita toda uma infinidade de possibilidades de comunicação, o que é extremamente positivo para o desenvolvimento da sociedade.

Ocorre que, em razão da complexidade do controle da rede (não no sentido de censura, mas de regulação e combate a atos ilícitos que ocorrem através de seu uso), esses novos meios de comunicação e de interrelação

permitem que em determinados casos ocorra violações de determinados direitos, assim como já ocorria antes mesmo da revolução informacional. Porém, nesse último caso, já existem instituições, mecanismos e toda uma estratégia de combate aos atos violadores de direitos, enquanto que o mesmo ainda vem sendo construído para o combate nas redes virtuais.

Como exemplo de excesso de proteção da atividade estatal, na garantia de direitos individuais, cita-se a decisão do Juiz Luiz Moura Correia (nos autos do processo n.º 0013872-87.2014.8.18.0140), da Central de Inquéritos da Comarca de Teresina (PI), que determinou, em 11 de fevereiro de 2015, a uma empresa de telefonia (PATURY, 2015):

[...] suspenda temporariamente até o cumprimento da ordem judicial (...), em todo território nacional, em caráter de urgência no prazo de 24 horas após o recebimento, o acesso através dos serviços da empresa aos domínios whatsapp.net e whatsapp.com, bem como todos os seus subdomínios e todos os outros domínios que contenham whatsapp.net e whatsapp.com em seus nomes e ainda todos números de IP (Internet Protocol) vinculados aos domínios já acima citados.

Ocorre que a suspensão do serviço prestado pelo aplicativo foi motivada em inquéritos policiais, por investigações locais naquele município, que tramitavam em segredo de justiça desde o ano de 2013. Evidentemente que, através de um mandado de segurança (2015.0001.001592-4), impetrado por Global Village Telecom S.A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. e Claro S.A. perante o Tribunal de Justiça do Piauí – TJPI, o Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, em decisão monocrática datada de 26 de fevereiro de 2015, decidiu por deferir a liminar a fim de suspender a eficácia da ordem emitida pelo citado juiz de Teresina, fundamentando sua decisão na falta de proporcionalidade da decisão supracitada (BRASIL, Mandado de Segurança n.º 2015.0001.001592-4, 2015).

Veja-se que a solução encontrada por este magistrado impetrado afetaria não apenas as empresas impetrantes, mas também um incontável número de usuários do aplicativo em todo o território nacional, violando seu direito fundamental de acesso à informação (previsto no artigo 5.º, inciso XIV,

da Constituição Federal). Assim, evidente o excesso de proteção da decisão objeto do mandado de segurança, tendo em vista que haveria outros meios de proceder com a investigação criminal que não a suspensão do serviço fornecido pelo aplicativo.

Além disso, os impetrantes alegaram que a decisão da ação 0013872-87.2014.8.18.0140 viola o art. 3.º, inciso VI, e art. 18, da Lei n.º 12.965/2014, “na medida em que as responsabilidades de um provedor de conexão ou ‘backbone’ e um provedor de aplicação (no caso, o aplicativo Whatsapp) são distintas, não podendo, [...] um agente ser responsabilizado pela atividade do outro” (BRASIL, Mandado de Segurança n.º 2015.0001.001592-4, 2015). Constata-se, dessa alegação, como é recente norma jurídica que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, sendo conhecida como Marco Civil da Internet.

Outro exemplo de como a legislação sobre essas novas tecnologias é muito recente é o caso da Lei n.º 12.737/2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos (BRASIL, Lei n.º 12.737, 2012). A mencionada norma ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann, em função de que a atriz que deu nome à norma teve sua intimidade violada após a divulgação de fotos íntimas espalhadas pela Internet, retiradas de seu computador pessoal.

No caso, quando da ocorrência dos fatos que envolveram Carolina Dieckmann, não existia a tipificação específica para o ato criminoso que violou o direito fundamental (previsto no artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal) à intimidade e à honra da atriz. Por não haver na época uma legislação específica, o ofensor da vítima só poderia ser indiciado por tipos penais já existentes como furto, extorsão ou difamação, o que demonstra que na época havia uma proteção deficiente aos direitos fundamentais garantidos pelo Estado, o que exigiu desse a elaboração da lei supracitada para atender o seu dever de proteção.

Por fim, outro exemplo similar ao primeiro citado ocorreu no Espírito Santo, onde o Juiz Paulo Cesar de Carvalho, da 5.ª Vara Cível de Vitória, deferiu em 19 de agosto de 2014 liminar para a remoção do aplicativo Secret

das lojas da Apple e Google, além do aplicativo Cryptic (similar ao Secret, fornecido pela loja virtual do Windows Phone). Conforme a decisão, ambos os aplicativos ferem direitos fundamentais (artigo 5.º, incisos IV e X, da Constituição Federal), uma vez que o serviço fornecido por eles se trata de publicações anônimas de “segredos” do próprio usuário ou de seus amigos para contatos do Facebook. Segundo o despacho interlocutório, os próprios desenvolvedores garantiam na prestação do serviço que fosse impossível identificar quem contou o “segredo” (BRASIL, Ação Civil Pública n.º 0028553-98.8.08.0024, 2014).

Além de o serviço prestado pelos aplicativos possibilitar a publicação de informações pessoais de outros usuários, possibilitando graves danos à moral, à honra e a privacidade desses indivíduos, permite o *bullyng* virtual e dificulta a defesa dos direitos das vítimas. Ainda que a liberdade de expressão seja um direito fundamental garantido pelo Estado brasileiro, impende referir que o mesmo dispositivo constitucional veda o anonimato. Nesse sentido, a lei infraconstitucional, no caso, o Marco Civil da Internet, apenas dispõe do dever de guarda e disponibilização dos registros e dados pessoais mediante ordem judicial, não regulando a necessidade ou não de identificação do usuário. Com isso, a lei apenas assegura o dever do provedor de fornecer os dados mediante ordem judicial, quando o dano causado já é praticamente irremediável, restando a vítima apenas uma compensação pelos mesmos. A referida norma dispõe:

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

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. (BRASIL, Lei n.º 12.965, 2014).

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio não prevê um regulamento para garantir de forma expressa a necessidade dessa identificação. Pois o anonimato vedado pela Constituição pode ser relativizado, como o é por exemplo no caso de um escritor que se utiliza de pseudônimo para publicar sua obra. Com esse mesmo raciocínio, um outro julgador (após uma ponderação entre o direito fundamental à privacidade e à honra em contraposição ao direito de liberdade de expressão) poderia compreender que no presente caso deveria preponderar a liberdade de expressão. Com a finalidade de garantir a segurança jurídica e decisões que resultassem em dispositivos semelhantes para casos análogos, entende-se que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais citados de forma a regular a situação narrada, ante a atual deficiência para a situação em comento.

Ante ao exposto, verifica-se que o espaço virtual constantemente se expande, diante de seu imenso potencial de criação. Nesse cenário, ainda que já contamos com normas específicas para sua regulação, ainda não se pode afirmar que o referido espaço público encontra-se devidamente regulado, ao menos não com a mesma solidez que os demais meios de comunicação tradicionais. Portanto, é fundamental a compreensão do dever de proteção para, diante de uma análise da proporcionalidade da atuação estatal, averiguar quando o Estado se mostra omissos e deficiente ou quando sua proteção excede o seu dever na garantia dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, após todo o desenvolvimento deste trabalho, que o Estado ainda terá muitas lacunas para regular no espaço público virtual, sendo que exige constantemente do ordenamento jurídico uma atualização as constantes novidades que surgem nesse campo. Para tanto, um olhar atento para o dever de proteção em suas duas perspectivas se faz frequentemente necessário, para uma melhor proteção dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Ricardo Menna. Direito, redes sociais e social commerce: pensando a proteção do consumidor. *In: Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, dez. 2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/302>. Acesso em 02 maio 2015.

BEMBEM, Angela Halen Claro; SANTOS, Plácida Leopoldina Ventura Amorim da Costa. Inteligência coletiva: um olhar sobre a produção de Pierre Lévy. *In: Perspectivas em Ciência da Informação*. v. 18, n. 4, p. 149-151, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pci/v18n4/10.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

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

_____. Lei n. 12.737, de 30 nov. 2012. Brasília, 2012.

_____. Lei n. 12.965, de 23 abr. 2014. Brasília, 2014.

_____. Quinta Vara Cível de Vitória. Ação Civil Pública n. 0028553-98. 8.08.0024. Juiz Paulo Cesar de Carvalho. Vitória, 19 ago. 2014. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0BzcbZYaOx4TaS0tMcnFOcHVZdDQ/edit?pli=1>>. Acesso em: 03 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí. Mandado de Segurança n. 2015.0001.001592-4. Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar. Teresina, 26 fev. 2015. Disponível em: <http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2015/tjpi_00138728720148180140_26022015.pdf>. Acesso em: 03 maio 2015.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*. Trad. de Rita Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da Internet*. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

LÉVY, Pierre. *A esfera pública do século XXI*. 2011. Disponível em: <<http://www.moodle.ufba.br/file.php/11/artigo-pierre-levy.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2015.

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

NOVA ENCICLOPÉDIA BARSA. 6. ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional Ltda., 2002.

PATURY, Felipe. Juiz do Piauí manda tirar Whatsapp do ar no país inteiro. *Revista Época*. Editora Globo, São Paulo, 25 fev. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2015/02/juiz-do-pi-auri-manda-btirar-whatsapp-do-arb-no-pais-inteiro.html>>. Acesso em: 03 maio 2015.

RODRIGUES, R. Fonseca e. A Imagem da Subjetividade e a Despersonalização Criativa na Internet. *Ciberlegenda. Revista do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Federal Fluminense*, n. 18. Niterói, Universidade Federal Fluminense, 2007. p. 1-10. Disponível em: <<http://www.uff.br/ciberlegenda/ojs/index.php/revista/article/view/189/87>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

RUARO, Regina, Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção dos dados pessoais: uma leitura do sistema europeu e a necessária tutela dos dados sensíveis como paradigma para um sistema jurídico brasileiro. *In: Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 11, abr./jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2, 2004.