

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

AIRES JOSE ROVER

FERNANDO GALINDO AYUDA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Aires Jose Rover, Fernando Galindo Ayuda, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas –

Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-337-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Governança. 3. Novas Tecnologias.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

Apresentação

A temática que se discute na presente obra, fruto das atividades realizadas pelo Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI), em seu XXVI ENCONTRO NACIONAL que ocorreu na UNICURITIBA – PR, entre 07 a 09 de dezembro de 2016, tem como principal foco a discussão sobre o papel da tecnologia e da governança para o Direito, enquanto instrumentos para promover a democracia, a participação social e o aperfeiçoamento das funções dos poderes estatais.

Os trabalhos que foram apresentados no GT Direito, Governança e Novas Tecnologias - I centraram-se especialmente em dimensionar e (re)analisar a importância de novos mecanismos e métodos destinados a promover maior inserção social, bem como aprofundar o debate sobre a observância dos direitos fundamentais num mundo globalizado e efetivamente dominado pelas novas tecnologias. Neste sentido, possibilitou-se um amplo debate sobre como a governança e a tecnologia impactam no acesso à informação e na construção de uma cidadania voltada para a inclusão efetiva do indivíduo na tomada de decisão da res publica.

A correlação entre governança e tecnologia mostra-se imprescindível para examinar em que medida há um maior grau de proteção de direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, a partir de um viés intrinsecamente vinculado a espaços multidimensionais criados justamente por novos arranjos institucionais advindos de relações juridicizadas. Sobre estes aspectos, versaram os trabalhos de Aline Martins Rospa, Caio Sperandeo de Macedo, Gina Vidal Marcilio Pompeu e Inês Mota Randal Pompeu.

O reforço da governança e da tecnologia como instrumentos para promover maior democracia requer, acima de tudo, que os Estados assumam uma postura transparente com as consequentes responsabilidades básicas para o desenvolvimento humano sustentável e a formação de capital social, criando um ambiente favorável à segurança jurídica.

Ainda, durante a apresentação e debate restou claro como a tecnologia, num ambiente virtual, e até mesmo reconfigurado em formato de “novos mundos” (como é o caso dos avatares), possui uma faceta de importância fundamental para a consolidação de sistemas legais de combate ao crime organizado, cibersegurança, a atuação das agências de inteligência, a partir

de casos fáticos complexos e de decisões judiciais que afetam, em maior ou menor medida, a concepção tradicional das relações jurídicas que ainda se consubstanciam em uma abordagem claramente voltada para a litigância e o embate.

Os trabalhos de Rafaela Bolson Dalla Favera, Rosane Leal da Silva, Kerolinne Barboza da Silva, Handerson Gleber, Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, Marli Aparecida Saragioto Pialarissi, Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi, Juliana Evangelista de Almeida e Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida trouxeram à baila como o ordenamento jurídico nacional e internacional vem tratando aspectos de intrincada complexidade que devem, portanto, ser objeto de atenção por parte dos legisladores e operadores do Direito ao imiscuir-se na seara da proteção de direitos fundamentais, bem como na remodelação de direitos que antes sequer eram reconhecidos, como é o caso do direito ao esquecimento.

A interface governança e tecnologia a permear o Direito, revela-se na totalidade dos trabalhos apresentados, justificando como a interconexão entre ambos os temas merece ser tratada de forma interdisciplinar e coerente, buscando ainda ressaltar o aspecto dinâmico que cerca os temas objeto do painel. Nesta toada, o trabalho de Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Antonio Donizete Ferreira da Silva investiga o papel da tecnologia no reforço da modernização e consequente remodelagem do Poder Judiciário, analisando como a tecnologia pode fortalecer o acesso à Justiça em seus distintos aspectos, notadamente no que tange à eficiência, eficácia e efetividade.

Portanto, esta coletânea é produto direto da reunião dos artigos selecionados, cujo escopo é dar a conhecer à comunidade acadêmica as pesquisas relacionadas com a governança e a tecnológica e sua correspondente relação com o Direito. No âmbito do GT foram apresentados 13 trabalhos agrupados por assuntos, a fim de facilitar a compreensão da problemática de cada trabalho durante a apresentação em bloco. As apresentações propiciaram um enriquecedor debate e discussão enfatizando a necessidade de cada vez mais se compreender como a tecnologia contribui para o fortalecimento da governança e, em maior ou menor medida, a necessidade de o Direito efetivamente incorporar ferramentas que permitam uma reordenação do sistema jurídico em prol da segurança, da proteção dos direitos fundamentais, da democracia, da participação popular e do controle social.

As questões aqui analisadas demonstram que o Direito deverá abrir-se a novos horizontes sempre em busca de incrementar e aperfeiçoar o sistema vigente a favor dos direitos do cidadão, ainda que estes sejam exercidos em um ambiente a cada dia mais virtual, razão pela qual recomenda-se vivamente a leitura da presente coletânea que ora se traz à luz para o mundo jurídico.

Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda – Universidad de Zaragoza

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – UNINOVE

**O DESCOMPASSO ENTRE OS CIBERCRIMES E AS POLÍTICAS PÚBLICAS
PARA GARANTIR A SEGURANÇA NAS REDES**

**THE MISMATCH BETWEEN CYBERCRIMES AND PUBLIC POLICY TO
GUARANTEE THE NETWORK SECURITY**

**Marli Aparecida Saragioto Pialarissi
Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi**

Resumo

Destaca-se a segurança dos usuários da internet com a invasão à intimidade e à privacidade dos mesmos, seja pelas investidas cada vez mais organizadas e agressivas dos criminosos virtuais, seja pela necessidade do judiciário em obter informações privilegiadas pelos provedores de internet para apurar e punir o cometimento de ilícitos, o que leva a quebra do pacto de sigilo contratado entre os provedores e internautas. Nesse impasse cabe ao Estado cumprir a Constituição e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), sem que isso possa implicar a abertura de uma perigosa via indevida e arbitrária de manipulação de dados informáticos.

Palavras-chave: Palavras-chave: cibercrimes, Políticas públicas, Privacidade, Segurança

Abstract/Resumen/Résumé

Stands out the security from internet users with the invasion of their intimacy and privacy, either by more organized and aggressive virtual criminal's attacks, or by Judiciary need to reach prime informations from Internet providers to investigate and punish the illegal undertaking, which leads to the breaking of the secret pact signed between the providers and users. On this dead-lock it's up to the State to obey the Constitution and Civil Guide of Internet (Lei 12.965/2014), without presupposing the opening of a dangerous, undue and arbitrary way of computer data information.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: cybercrimes, Public policy, Privacy, Security

INTRODUÇÃO

É incontável o número de assuntos de interesse público e privado que tem origem e são resolvidos no mundo dos dados, razão pela qual a liberdade de expressão, os meios de comunicação, a privacidade individual, direitos políticos, bem como assuntos relacionados à governança acabam expostos à violação. São dados sigilosos, que variam desde os registros gerados pelos dispositivos móveis hoje usados por milhões de pessoas, até arquivos com informação financeira de mobilidade, de passageiros, de transações de cartões de crédito, passando por dispositivos que monitoram atividades pessoais ou mesmo pelos chamados *metadados*¹(colhidos por operadores de telefonia) e podem variar entre a investigação de particulares até lideranças do governo, colocando em cheque a segurança não só individual, como também a do governo, das empresas, colocando em risco inclusive a nação.

Dito de outra forma, “os conceitos como a soberania dos Estados, as fronteiras, a censura e o direito à privacidade foram se esvaziando ou mudando de significado sem a discussão pública necessária na democracia.”² Os Estados perdem a capacidade de fazer valer as regras do jogo dentro de suas fronteiras ao mesmo tempo que esse poder se dispersa e fragmenta, e seu controle passa do âmbito público ao privado.

Os números chocam pela grandeza. Ano após ano, os ataques cibernéticos vêm crescendo com frequência, gravidade e impacto. Os métodos de prevenção e combate tem se mostrado ineficiente diante das investidas cada vez mais sofisticadas. Muitas organizações não sabem mais o que fazer, ou lhes faltam os recursos financeiros necessários para combater os criminosos cibernéticos cada vez mais qualificados e agressivos.³ Essa possibilidade de imunidade à exposição tem implicações sociais, individuais e institucionais.

¹ Os metadados são marcos ou pontos de referência que permitem circunscrever a informação sob todas as formas, pode se dizer resumos de informações sobre a forma ou conteúdo de uma fonte. O prefixo “Meta” vem do grego e significa “além de”. Assim Metadados são informações que acrescem aos dados e que têm como objectivo informar-nos sobre eles para tornar mais fácil a sua organização. Os metadados têm tradicionalmente sido vistos como separados do núcleo duro da informação, ou seja, a que está relacionada com as transacções de negócio. O que não quer dizer que não sejam importantes. Definições e regras de negócio, detalhes de segurança, informação de domínios, tags XML são metadados. **Metadados**. Disponível em: <http://www.metadados.pt/oquesaometadados>. Acesso em 22.09.2016.

² BEAS, Diego. Tecnologia e a ameaça aos direitos fundamentais da vida em democracia. **Jornal El País**. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/28/tecnologia/1461831733_977431.html. Acesso em 20.09.2016.

³ Pwc - Inovando e transformando em segurança cibernética. **Principais conclusões da pesquisa global de segurança e informação**. Mai/2016. Capturado em:

2 A INTERNET: VITRINE DE OPORTUNIDADES E MECANISMO DE CRIMES

A internet é o “reflexo da própria sociedade, onde são manifestadas todas as vontades, todos os desejos, todas as virtudes e vícios próprios dos seus usuários,”⁴ propiciando uma gama incontável de oportunidades em todas as áreas da vida em sociedade, e essa teia de relações é sentida e vivenciada por todos os cantos da terra, e atinge 44% da população mundial.⁵

Cibernética é a ciência que controla a moderna comunicação entre os homens e liga a sociedade às máquinas. A maior interação entre homem e a sociedade que já se teve notícia.

O desenvolvimento dos meios de comunicação na era globalizada por intermédio da internet vem despertando os pesquisadores do direito, no sentido de em um primeiro momento redefinir “a arquitetura conjuntural em que vive o ser humano”, para em um segundo momento implementar políticas públicas e particulares no sentido de garantir à segurança dos usuários desse que é sem dúvida, o veículo de comunicação mais utilizado desde o final do século XX, punir de forma adequada os crimes cibernéticos e ao mesmo tempo criar outros mecanismos de investigação e controle que sejam suficientes para propiciar a responsabilização daqueles que cometem crimes cibernéticos garantindo a reparação dos danos causados às vítimas desses crimes.

Carlos Wolkmer aborda as mudanças de paradigmas com clareza:

O projeto da modernidade ocidental passa por um profundo processo de questionamento e redefinição: vive-se o deslocamento de modelos de fundamentação e a transição para novos paradigmas de conhecimento, de representação institucional e de representação social. Os impasses e as insuficiências do paradigma da ciência tradicional entreabre lenta e constantemente, o horizonte para as mudanças e reconstrução de paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista e interdisciplinar.

<https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/2016/tl-gsiss16-pt.pdf>. Acesso em 19.09.2016, p. 4.

⁴ MORAIS, Jucemar da Silva. Estado, democracia e informação. **Marco civil da internet**. George Salomão Leite; Ronaldo Lemos (Coord.) São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 956.

⁵ Um estudo anual realizado pelo Facebook indica que 3,2 bilhões de pessoas estão conectadas à internet no mundo. Os dados foram coletados em dezembro de 2015 e fazem parte do relatório State of Connectivity 2015: A Report on Global Internet Access, disponível para download (em inglês). O levantamento é feito em parceria com a Internet.org, instituição mantida pelo próprio Facebook. Os 3,2 bilhões de internautas correspondem a apenas 44% da população mundial, estimada em 7,3 bilhões. Em comparação com o mesmo estudo feito no final de 2014, houve crescimento de 200 milhões de pessoas. A média de crescimento tem sido de 200 a 300 milhões por ano na última década. (TRACTO CONTENT MARKETING. **Quantas pessoas tem acesso à internet no mundo?** Disponível em: <http://www.tracto.com.br/quantas-pessoas-tem-acesso-a-internet-no-mundo/>. Acesso em 22.09.2016.).

Nesse novo projeto de modernidade, as informações são disseminadas por meio das mídias digitais, o que impõe enormes desafios aos juristas, legisladores e aplicadores do direito, tanto para entender o impacto dessas transformações na vida do cidadão comum, como para acompanhar esse desenvolvimento.

A facilidade com que as pessoas se conectam, a velocidade e o encurtamento de distancias são os principais motivos do crescente aumento de crimes cibernéticos, sejam eles de cunho material, como a invasão de contas bancárias, dados de empresas etc. sejam eles de cunho imaterial envolvendo a intimidade, a privacidade com consequências no aspecto existencial do ser humano, como é o caso dos crimes contra à honra.

Esse novo modelo de vida, virtual, é tão impactante que as pessoas mais velhas ou as que não possuem situação financeira suficiente para participar desse mundo virtual, são taxadas de ignorantes virtuais e são de certo modo excluídas,⁶ como se fossem uma espécie diferente de pessoas. Para Patrícia Peck “aqueles que não tiverem existência virtual dificilmente sobreviverão também no mundo real, e esse talvez seja um dos aspectos mais aterradores dos novos tempos”⁷

A grande questão que aflige a sociedade, aplicadores do direito, órgãos de investigação enfim, todos os envolvidos nesse processo, é conciliar a utilização da internet, de forma positiva sem tolher a direito à liberdade e o direito de expressão, especialmente através dos meios mais utilizados entre todos os existentes: computadores e celulares (*smart fones*).

No Brasil, a internet começou a ser utilizada em 1988, sendo inicialmente restrita a Universidades e Centros de Pesquisa, até que a Portaria nº 295, de 20/7/1995, possibilitou às empresas denominadas ‘provedores de acesso’ comercializar o acesso à internet.⁸ Desde então, os desavisados ou inconsequentes, que valendo-se da máxima, estupidamente por eles mesmo criada, de que ‘na internet⁹ tudo pode porque ninguém vê’, seguem cometendo toda ordem de crimes, desde transferências milionárias e pedofilia até o envio de vírus para suas vítimas somente por diversão.

⁶ SCHITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. **Revista de direito do consumidor**. Ano 18. N. 70. São Paulo: Ed. RT, abr./jun.2009, P. 139-171.

⁷ PECK, Patricia. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

⁸ LUNA FILHO, Eury Pereira. **Internet no Brasil e o direito no ciberespaço**. Disponível em: <http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/informáticaJurídica/Dotrina/.html>. Acesso em: 25 mar. 2007.

⁹A respeito do surgimento da Internet, Paesani⁹ menciona que o Projeto *Arpanet*, da Agência de Projetos Avançados (ARPA), ligada ao Departamento de Defesa Estadunidense confiou, em 1969, à *Rand Corporation* a elaboração de um sistema de telecomunicações que garantisse a manutenção das comunicações do Alto Comando Militar de Defesa Estadunidense, em caso de ataque nuclear russo.(PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25.

Reforçando a possibilidade de realização de negócios via internet, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, chamada Marco Civil da Internet, prevê em seu art. 2º, inciso V, a livre iniciativa, a livre-concorrência e a defesa do consumidor.

O conceito de livre-iniciativa é bastante amplo e pode ser definido como “a faculdade de exploração de qualquer atividade econômica com a finalidade de lucro, e abriga não só a iniciativa privada, mas também as iniciativas cooperativa ou associativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública.”¹⁰ A livre-iniciativa um dos fundamentos mais importantes da ordem econômica do Brasil (art. 170, *caput*, da CF).

É possível afirmar-se que a livre-iniciativa representa a liberdade da empresa, englobando o aspecto de liberdade de investimento ou acesso, liberdade de organização da empresa e liberdade de contratação.¹¹

No mesmo sentido o art. 3º, VIII, da Lei 12.965 (Marco Civil da Internet) prevê a liberdade dos negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos em lei.¹²

Verifica-se que a facilidade de comunicação e o acesso de bens e serviços nunca antes a disposição da população dessa forma propiciaram o crescimento das demandas e disputas pelos usuários da internet, por empresas nacionais e internacionais, onde milhares de negócios são realizados todos os dias, o que significa oportunidades de investimentos, de diferentes negócios, bem como de empregos, configurando um dos aspectos mais importantes e positivo da internet.

Por essa razão os dados e informações pessoais dos usuários, principalmente na área do consumo tais como tendências de compras e preferências pessoais, tornaram-se valiosas para as demais empresas que pretendem vender os seus produtos no mercado, sendo por essa razão que o art. 14 da Lei 12.965, veda a guarda dos registros de acesso e aplicação, visando à proteção ao consumidor, haja vista o grande poder concentrado nas empresas de telecomunicações, provedoras de conexão.¹³

Ainda buscando proteger os usuários, os provedores de comunicação e de telefonia são impedidos de guardar informações relativas às atividades, páginas visitadas e buscas feitas e

¹⁰ SOUZA, Adriana Cerqueira de; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Livre-iniciativa, livre-concorrência e a defesa do consumidor como fundamento do marco civil. In: **Marco civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coords.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 105.

¹¹ *Ibidem*, p. 105.

¹² Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

¹³ Os provedores de comunicação e de telefonia são impedidos de guardar e informações relativas às atividades, páginas visitadas e buscas feitas. Somente podem guardar dados.

somente podem guardar dados relativos à data e horário de acesso, além da identificação da máquina (IP).

Assim, verifica-se que a legislação regulamenta as atividades negociais realizadas pela *internet*, resguardando os usuários, o que incentiva que milhões de negócios e oportunidades aconteçam nesse meio virtual.

A outra face dessa mesma moeda é o lado negativo da utilização da internet que está sempre presente e apesar da enorme preocupação de todos os segmentos com a privacidade e sigilo de dados pessoais de toda ordem, uma grande parcela da população, principalmente os mais jovens e especialmente os adolescentes, ainda não possuem a preocupação e os cuidados necessários com a exposição e a frágil segurança na internet, por essa razão, são as vítimas mais vulneráveis aos crimes cibernéticos, envolvendo a divulgação de vídeos e fotos de caráter sexual que já levou, inclusive, várias pessoas ao suicídio. O mais recente foi o suicídio de Tiziana Cantone:

O suicídio de uma mulher que lutou por meses para que retirassem da internet um vídeo em que aparecia transando levantou polêmica e indignação na Itália. Tiziana, de 31 anos, se enforcou na casa de sua tia em Mugnano, perto de Nápoles, angustiada e humilhada por ter se transformado em alvo de todo tipo de *bullying*. Tudo começou há um ano, quando a jovem enviou para seu ex-namorado e algumas amigas um vídeo em que aparecia tendo relações sexuais com outro homem. O vídeo caiu na rede e foi visto por quase um milhão de internautas, sem que ela soubesse. Envergonhada, Tiziana se mudou para Toscana e tentou mudar de identidade, mas seu pesadelo não acabou. "Está filmando? Bravo", disse o homem no vídeo, palavras que ganharam força em forma de *memes*, *hashtags* e até mesmo em camisetas.¹⁴

A vítima foi acometida por um dano existencial tamanho, que depois de 1 ano e 6 meses aproximadamente, de humilhação real e virtual a única alternativa que encontrou para acabar com o sofrimento foi o suicídio. "Por que as imagens ainda estão na rede? Por que ainda rimos de uma moça que acabou com a própria vida devido às humilhações que sofreu? Questiona o editorial do jornal 'Il Mattino'." ¹⁵ Na tentativa de responsabilizar os culpados, sim, porque a vítima não pode ser a culpada, os promotores de Nápoles abriram uma investigação por "indução ao suicídio" e a justiça terá de determinar quem são os responsáveis diretos ou indiretos da morte. O que dizer

¹⁴ Depois de uma difícil batalha legal, Tiziana conseguiu que o vídeo fosse retirado de vários motores de busca e plataformas, como o Facebook. No entanto, ela teve que pagar 20 mil euros por gastos processuais, um motivo a mais que a levou a acabar com sua vida, segundo a imprensa italiana. (**G1 – Globo**. Suicídio de mulher que teve vídeo sexual exposto na web choca a Itália. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/suicidio-de-mulher-que-teve-video-sexual-exposto-na-web-choca-italia.html>. Acesso em 19.09.2016.

¹⁵ **G1 – Globo**. Suicídio de mulher que teve vídeo sexual exposto na web choca a Itália. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/suicidio-de-mulher-que-teve-video-sexual-exposto-na-web-choca-italia.html>. Acesso em 19.09.2016.

então sobre as vítimas de ataques contra a honra, senão que é uma guerra desigual onde os algozes estão à espreita e o incauto é a vítima perfeita.

Neste sentido argumenta-se a necessidade de mecanismos de proteção à criança e ao adolescente na internet, haja vista o contido no art. 227 da CF que estabelece a “absoluta prioridade” de colocar a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.¹⁶ Entretanto, a omissão da Lei 12.965/2014 neste assunto de forma específica deixou a possibilidade de vinculação de conteúdos dirigidos às crianças e adolescentes com caráter violento e que promovam a cultura da discriminação (ética, de gênero, entre outras) e a crueldade, como muito bem pontuou Ulisses Schwarz Viana.¹⁷

De qualquer forma, em que pese as omissões do marco civil, todo aquele que se sentir lesado em seus direitos fundamentais sempre terá a possibilidade de buscar a reparação do dano sofrido mediante a tutela adequada em razão da previsão constitucional de inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º da CF).

3 O JUDICIÁRIO E AS PLATAFORMAS DE COMUNICAÇÃO DIGITAL

A forma de apresentação dos dados de uma página na internet “concretiza-se por meio de produtos fragmentados em módulos.” Há, portanto, um fracionamento da responsabilidade, em decorrência da multiplicidade de sujeitos que atuam de formas diferentes. Existem aqueles que provêm o acesso à rede, outros são os titulares das páginas e aqueles que fornecem os conteúdos a serem exibidos. Tarefa difícil é a identificação da autoria haja vista a multiplicidade de pessoas que podem receber uma informação indesejável ou mesmo nociva para a vítima e repassá-la a um número inimaginável de pessoas espalhadas pelo mundo, em fração de segundo.

Neste caso, os intermediários dessa cadeia de comunicação digital ficam com a responsabilidade de estabelecer mecanismos de controle aptos à identificação dos usuários,¹⁸

¹⁶ A Lei 10.764, de 12/11/2003, atualizou e alterou alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

¹⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil. In: **Marco civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coord.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 140.

¹⁸ JÚNIOR, Geraldo de Aquino. Responsabilidade civil na internet. Rui Stoco (org.). In: **Doutrinas essenciais. Dano moral**, vol. I. Teoria do dano moral e direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 464.

o que na prática não tem acontecido. Sobre o manto do sigilo das informações previstos na Constituição, art. 5º, inciso X, os provedores não são responsáveis pelo conteúdo das informações que são encaminhadas aos usuários por terceiros.¹⁹

Buscando delimitar o conceito de provedor²⁰, o Superior Tribunal de Justiça, vem adotando a seguinte orientação:

Os provedores de serviço de Internet são aqueles que oferecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como; (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos seus usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação que, produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.²¹

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) aborda dois tipos de provedores: aqueles dedicados a prover o acesso à internet e aqueles que disponibilizam as mais diversas aplicações na rede. Quanto as atividades realizadas por esses provedores da seguinte forma fica a cargo do art. 5º da referido lei.²²

¹⁹ “APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. E-MAILS RELACIONADOS COM PORNOGRAFIA, PEDOFILIA E CRIMES EM SÉRIE QUE ABARROTAM O ENDEREÇO ELETRÔNICO DE USUÁRIO DA INTERNET. MENSAGENS REDIRECIONADAS POR OUTRO **PROVEDOR** EM FACE DE ATO DE TERCEIRO. NEXO CAUSAL NÃO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR DO PROVEDOR QUE OFERECE SERVIÇOS ‘E-GRUPOS’ AFASTADO. (...) Os provedores não podem ser responsabilizados pelo conteúdo das mensagens armazenadas ou enviadas pelos usuários, na medida em que tal controle importaria, ao fim e ao cabo, violação de privacidade, que está protegida no rol do art.5º, mais precisamente, no inciso X da CF/88, e violação do sigilo das correspondências, também direito fundamental previsto no referido artigo, inciso XII. Ou seja, não é lícito aos provedores violarem o conteúdo das comunicações de modo geral e irrestrito, a fim de interceptar determinadas espécies de comunicação, o que, por conseguinte, afasta sua responsabilidade pelo teor dos e-mails veiculados. Assim como não pode a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ser responsabilizada pelo conteúdo das cartas que remete, também não se pode imputar aos provedores responsabilidade pelas mensagens que viabiliza o envio. (...) Agravo retido desprovido. Apelo da ré provido. Apelo dos autores prejudicado.” (Ap. Cív. 70030395107, 9ª Câmara Cível, j. em 28-10-2009, DJ 6-11-2009; RJTJRS 276/298).

²⁰ Eemplos de provedor: Amazon, Google, Microsoft e BM.

²¹ STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.6.2012.

²² Art. 5º Para os efeitos dessa Lei, considera-se; V – conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; [...] VII – aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

A maior parte das plataformas não divulgam informações sobre seu funcionamento interno nem mesmo quando as autoridades judiciárias solicitam explicações, invocam o direito de não revelar detalhes sobre sua propriedade intelectual, o que desencadeou uma batalha sem precedentes pelo judiciário e as plataformas para conseguir acesso a conversas onde se articulava ou engendrava crimes, e que serviriam de provas para a elucidação desses crimes.

Por quatro vezes a justiça decidiu pela interrupção do serviço do *WhatsApp* em todo o Brasil enviando uma notificação ao *Facebook* que se recusou a cumprir decisão judicial e fornecer informações para uma investigação criminal.²³ Recentemente, a Justiça do Rio de Janeiro determinou o bloqueio do *WhatsApp* em todo o Brasil, uma notificação foi enviada para as empresas de telefonia após o *Facebook* se recusar a cumprir uma decisão judicial e fornecer informações abrangendo o conteúdo de conversas, para uma investigação policial.²⁴

Esses fatos denotam a fragilidade do sistema judiciário diante da tecnologia digital, que se coloca, por vezes, sem querer, a serviço do crime. O fato incontroverso é que as ferramentas legais não acompanham o desenvolvimento tecnológico para poder resolver as questões que a utilização dessa avançada tecnologia digital suscita.

No que se refere à responsabilidade dos provedores no Marco Civil da Internet, a referida lei diferencia o tratamento concedido aos provedores de conexão daquele dedicado aos provedores de aplicação. Atribuir Responsabilidade ao provedor de conexão pelas condutas de seus usuários “é uma prática rechaçada pelos tribunais nacionais e estrangeiros desde o final dos anos 90.”²⁵ A lei 12.965/2014, repercute essa orientação em seu art. 18,²⁶ de

²³ Os bloqueios ocorreram em 25/02/2015; 16/12/2015; 02/05/2016 e 19/07/2016 consecutivamente, segundo informações do **G1- Tecnologia e games**. *WhatsApp: Justiça do RJ manda bloquear aplicativo em todo o Brasil*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-deve-ser-bloqueado-decide-justica-do-rio.html>. Acesso em 20/09/2016.

²⁴ “A investigação que culminou no bloqueio em maio foi iniciada após uma apreensão de drogas na cidade de Lagarto, a 75 km de Aracaju. O juiz Marcel Montalvão pediu em novembro de 2015 que o Facebook informasse o nome dos usuários de uma conta no WhatsApp em que informações sobre drogas eram trocadas. As informações desse processo corriam em segredo de Justiça. Segundo o delegado Aldo Amorim, membro da Diretoria de Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal em Brasília, a investigação foi iniciada em 2015 e esbarrou na necessidade informações relacionadas às trocas de mensagens via WhatsApp, que foram solicitadas ao Facebook. A empresa não cumpriu a decisão.” *Ibidem*, passim.

²⁵ “No plano internacional, veja-se a decisão da Corte Distrital dos Estados Unidos da América (Northern District of Califórnia) no caso *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, Inc*, j. em 21.11.1995. Dentre as decisões dos tribunais brasileiros, vide TJRS, Ap. Civ. n. 70001582444, rel. Antônio Correa Palmeiro da Fontoura, j. em 29.5.2002.” SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. In: **Marco civil da internet**. George Salomão Leite; Ronaldo Lemos (Coord.) São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 808.

forma a isentar os provedores de conexão de responsabilidade pelos atos de seus usuários. No que tange a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet a referida lei trata do assunto no art. 19, cuja previsão²⁷ é clara no sentido de que só será responsabilizado se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Destaca-se que a importância crescente de dados, algoritmos e sua relação com um amplo número de temas de interesse público requerem uma discussão mais ampla e informada sobre essa nova dimensão da esfera pública e o marco efetivo de regulação do Estado. Sem essa discussão, direitos fundamentais da vida em democracia correm o risco de ser atropelados pela velocidade do avanço tecnológico. Sendo conclusivo, portanto, que “os marcos jurídicos, as ferramentas legais e os foros de discussão pública sobre essas questões não a acompanharam”,²⁸ o que causa esse descompasso entre a ocorrência de crimes cibernéticos e a prevenção ou reparação dos mesmos por parte dos responsáveis, apesar do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que acabou por garantir muitos direitos já previstos na Constituição, mas não inovou o suficiente para resolver definitivamente os problemas advindos do uso da internet no Brasil.

4 MODALIDADES DE CRIMES CIBERNÉTICOS

²⁶ Art. 18. O provedor de conexão não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

²⁷ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar impossível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

²⁸ “Um exemplo recente foi o tortuoso esforço das autoridades europeias para fazer valer o chamado direito ao esquecimento, uma tentativa de adaptar a legislação de vários países e aplicar seu equivalente digital a toda a UE. Pode ser definido, em poucas palavras, como o direito de solicitar que sejam apagados ou retirados da Internet dados ou informações pessoais considerados obsoletos, irrelevantes ou que interfiram nos direitos fundamentais do indivíduo. Depois de longas negociações e resistência por parte das empresas de tecnologia às quais se dirigia a iniciativa, a Comissão Europeia chegou a um acordo com os grandes buscadores. Os dados solicitados foram eliminados das versões europeias dos buscadores, mas permaneceram nas versões dos Estados Unidos e de outros países. Esse exemplo evidencia as dificuldades para conciliar normas estatais e mudanças nos usos tecnológicos.” (BEAS, Diego. Tecnologia e a ameaça aos direitos fundamentais da vida em democracia. *Jornal El País*. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/28/tecnologia/1461831733_977431.html. Acesso em 20.09.2016.)

As primeiras ameaças de crimes cibernéticos remontam o final da década de 50 segundo informações cuja procedência é do matemático Jonh Von Neumam. Na década seguinte surgiram:²⁹

Os legítimos antecessores dos códigos maliciosos. Tudo começou quando um grupo de programadores desenvolveu um jogo chamado Core Wars, capaz de se reproduzir cada vez que era executado, sobrecarregando a memória da máquina do outro jogador. Os inventores desse jogo também criaram o primeiro antivírus, batizado de Reeper, com capacidade de destruir as cópias geradas pelo Core Wars. A existência desse jogo, seus efeitos e a forma de desativá-lo, no entanto, vieram a público somente em 1983, por um artigo escrito por um de seus criadores, publicado em uma conceituada revista científica da época.

De lá para cá a internet vem sendo utilizada para inúmeras finalidades,³⁰ como negociações comerciais, aprimorar ou buscar conhecimentos, relacionamentos afetivos, diversão, marketing pessoal, diversão além de promover transtorno na vida de muitas pessoas e ainda para a prática de crimes cibernéticos.³¹

Emerson Wendt e Higor Vinícius Nogueira Jorge ao tratar das condutas indevidas praticadas via computador as divide em: ações prejudiciais, que não configuram crime e os crimes cibernéticos propriamente ditos que configuram crime, sendo estes divididos em: crimes cibernéticos abertos (forma tradicional ou por intermédio/contra computador) e crimes exclusivamente cibernéticos (somente por intermédio/contra computador).³²

²⁹ A Epidemia via internet. PCWORLD. Disponível em: <http://www.cin.ufpe.br/~rdma/documentos/revistaPCEORLDseguranca.pdf>. In: WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos**. Ameaças e procedimentos de investigação. 2.Ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013, p. 9.

³⁰ TJ-RS - Apelação Crime ACR 70043570068 RS (TJ-RS). Ementa: CRIME CIBERNÉTICO - FUNCIONÁRIO PÚBLICO - DELITO SEM COMPLEXIDADE - ESSÊNCIA DOS CRIMES DE ALTERAÇÃO DE SISTEMA INFORMATIZADO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO. Funcionário da CEEE que transfere no sistema, débito de fornecimento de energia para pessoa fictícia. Crime cibernético tipificado no art. 313-A do Código Penal. Sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a pena base deve situar-se no mínimo. Procedência: Quarta Câmara Criminal Diário da Justiça do dia 13/10/2011 - 13/10/2011 Apelação Crime ACR

³¹ **TJ-RS - Recurso Cível 71005793625 RS (TJ-RS) Ementa:** EMBARGOS DE TERCEIRO. RESTRIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE FRAUDE ENVOLVENDO O CNPJ DA EMBARGANTE, QUE SE TRATA DE REVENDA DE AUTOMÓVEL SEDIADA NO ESTADO DE SÃO PAULO. INVESTIGAÇÃO ACERCA DA PRÁTICA DE **CRIMES CIBERNÉTICOS**. VENDA FRAUDULENTA DE VEÍCULOS PELA INTERNET. REFORMA DA SENTENÇA PARA ACOLHER OS EMBARGOS DE TERCEIRO COM CONSEQUENTE LEVANTAMENTO DA PENHORA. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005793625, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Regis de Oliveira Montenegro Barbosa, Julgado em 25/02/2016).

³² WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos**. Ameaças e procedimentos de investigação. 2.Ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013, p. 18.

Nas ações atípicas a conduta praticada não configura crime na esfera penal, entretanto, o causador do transtorno poderá ser responsabilizado na área cível por meio de uma ação de reparação de danos materiais ou extrapatrimonial, a depender do dano praticado.³³ Nos crimes cibernéticos abertos o crime é praticado por intermédio do computador,³⁴ mas poderia ser cometido sem o uso dele, ao passo que os crimes exclusivamente cibernéticos só podem ser praticados com a utilização de computador ou qualquer outro recurso tecnológico que permita o acesso à internet.³⁵

Quanto às condutas indevidas praticadas via computador estas podem ser divididas em: invasão de computador sem o fim de obter, adulterar ou excluir dados e informações, difusão *dephishing scam* (ações prejudiciais atípicas); crimes contra a honra, ameaça, pornografia infantil, estelionato, furto mediante fraude, racismo, apologia ao crime, falsa identidade, concorrência desleal, tráfico de drogas (crimes cibernéticos abertos); invasão de computadores mediante violação de mecanismo de segurança com o fim de obter, adulterar ou excluir dados e informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita, interceptação telemática ilegal, pornografia infantil por meio de sistema de informática, corrupção de menores em sala de bate papo, crimes contra a urna eletrônica.³⁶

Provavelmente antes do término desse estudo é possível que algum outro tipo de crime cibernético esteja em andamento ou já tenha sido criado, valendo-se da engenharia social que é um conjunto de técnicas destinadas a ludibriar a vítima, convencendo-a a fornecer dados pessoais para que o criminoso possa realizar o crime.

De acordo com o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil a internet facilita e melhora a vida das pessoas, mas é importante estar sempre informado dos riscos aos quais está exposto para que possa tomar as medidas preventivas necessárias. Alguns destes riscos são: acesso a conteúdos impróprios ou ofensivos, contato com pessoas mal-intencionadas, furto de identidade, furto e perda de

³³ Exemplo de ação atípica “é o indivíduo que invade o computador de um conhecido sem o objetivo de obter, alterar ou excluir dados ou informações ou sem violar um mecanismo de segurança.” (WENDT. Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira, op. cit., p. 19.).

³⁴ Exemplo: crime de aliciamento de crinas via sala de bate papo na internet, previsto no art. 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90).

³⁵ WENDT. Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira, op. cit., p. 18.

³⁶ *Ibidem*, p. 20.

dados, invasão de privacidade, divulgação de boatos, dificuldade de exclusão entre outros riscos.³⁷

5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PRIVACIDADE E SEGURANÇA NA REDE

Quando se trata de direitos e liberdades no âmbito da internet, vários são os direitos constitucionais que estão envolvidos: a liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX), a privacidade e intimidade (art. 5º, inc. X) e o sigilo da correspondência, da comunicação e dos dados (art. 5º, inc. XII). Esses direitos passaram a ser objeto de legislação específica (Lei 12.965/2014).

Foi com grandes discussões e polemias que o Marco Civil da internet foi debatido no Congresso Nacional diante do temor que a regulamentação viesse a restringir direitos ou mesmo permitir um controle estatal sobre a livre veiculação de ideias, opiniões e de outros conteúdos ou ainda obstaculizar o acesso às informações e dados.³⁸

A preocupação se deve ao fato de que a liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento são direitos assegurados pela Constituição Federal em vários dos seus dispositivos. Além do que a declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 19, declara que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” Dessa previsão decorre a abrangência do termo ‘liberdade de expressão’ que se constitui em “um núcleo de garantias dirigido a todas as pessoas como direito da humanidade.”³⁹

O termo liberdade de expressão⁴⁰, de comunicação e de manifestação do pensamento pode ser encontrado na Constituição federal de 88 em vários dispositivos: incisos IV, V, VI, IX, X, XIII e XIV do art. 5º e, também, no art. 220 da CF.⁴¹

³⁷ CERT.BR – Centro de estudos, respostas e tratamento de incidentes de segurança no Brasil. Cartilha de Segurança para a Internet. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/seguranca/>. Acesso em 22.09.2016.

³⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil. In: **Marco civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coords.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

³⁹ VIANA, Ulisses Schwarz., op. cit., p. 129.

⁴⁰ Nos Estados Unidos a liberdade de expressão vem resguardada na Primeira Emenda (*First Amendment*), na qual se veda ao legislador infraconstitucional a edição de qualquer lei que restringisse a *free dom of speech* (o vocábulo *speech*, abarca na língua inglesa a expressão e a comunicação de pensamentos ou opiniões e palavras proferidas.) definição extraída em tradução livre do *Blac’s law dictionary* (GARNER, 2009: 1529). VIANA, Ulisses Schwarz, op. cit.,p. 128.

⁴¹ 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 á propriedade, nos termos seguintes: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado anonimato; [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX – é livre a

Desse dispositivo, principalmente do *caput*, decorre a obrigatoriedade do Estado em promover políticas públicas no sentido de garantir a segurança dos usuários da internet, posto que a segurança é um direito constitucional.

No mesmo sentido dos dispositivos constitucionais, o art. 3º da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) prevê a liberdade de expressão no campo do uso da internet no Brasil, nos seguintes termos: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição federal.”

A liberdade de expressão constitui-se em um verdadeiro princípio democrático⁴², posto que a democracia se nutre de uma constante efervescência política. Porém, o texto constitucional traz limitações à liberdade de expressão, ou seja, em que pese o caráter fundamental, este não é absoluto, haja vista que as limitações são expressas: vedação do anonimato (parte final do art. 5º); o direito de resposta e o dever de reparação do dano material, moral ou à imagem (inciso V do art. 5º); dever de reparação do dano por violação do direito por violação à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas (parte final do inciso X do art. 5º) e ainda a obrigação de sigilo da fonte no acesso à informação (parte final do inciso XIV da CF). É o paradoxo da ‘liberdade regrada’⁴³ que na doutrina brasileira há muito tempo se discute.

Sobre o núcleo essencial (*Wesengehalt*) dos direitos fundamentais, Gilmar Mendes; Paulo Gonet Branco; Inocêncio Mártires apontam, duas teorias: segundo a primeira a teoria relativa postula-se que o núcleo essencial do direito fundamental deva ser definido e delimitado caso a caso, de acordo com o objetivo (*Zweck*) e dentro de um processo de ponderação (*Abwägung*), regido pelo princípio da proporcionalidade, enquanto que a segunda teoria, a teoria absoluta, entende que estaria a salvo quaisquer eventuais decisões legislativas.⁴⁴

Nosso sistema constitucional incorporou o princípio da proporcionalidade e

expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] 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.” Art. 200. “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

⁴² MICHELLAN, Frank I, relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45-61.

⁴³ VIANA, Ulisses Schwarz, op. cit., p. 133.

⁴⁴ BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica/IDP, 2000, 243-246.

razoabilidade⁴⁵ para resolver tais conflitos de princípios, valendo-se da ponderação de Robert Alexy,⁴⁶ assunto que não cabe aqui esmiuçar em razão da brevidade desse estudo.

Sobre a pressão que vem sofrendo os modelos conhecidos de democracia enfatiza Ulisses Scharz Viana “o papel do direito em garantir que essas novas possibilidades avancem no sentido de uma inclusão digital cidadã e democrática (...).”⁴⁷

A essa altura, importante distinguir o termo privacidade de intimidade. José Adércio Leite Sampaio entende que a intimidade, espécie do gênero vida privada, “constitui-se num conjunto de faculdades, consistentes na seletividade de informações que ingressam no campo de percepção individual e de controle sobre aquelas que dela partam”⁴⁸.

Vida privada, ou vida particular, designa aquela afastada do convívio ou da observação de estranhos⁴⁹.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 5º, inc. X, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado a elas o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses direitos. Decorre da simples leitura desse artigo, que a própria Constituição quando menciona “a intimidade e a vida privada”, acaba por distinguir uma da outra, sem, contudo esclarecer as diferenças, o que ficou a cargo da doutrina, que como se percebe acentua que a intimidade é uma escala menor, mais íntima do que a privacidade.

Pode-se mencionar ainda o “segredo”, como uma outra esfera do direito da personalidade que segundo os ensinamentos de Costa Junior “é o círculo concêntrico de menor raio em que se desdobra a intimidade; é o que reclama proteção mais veemente contra a indiscrição”⁵⁰.

José Cretella Júnior, citado por Tarcisio Teixeira tratando da tutela da intimidade e da vida privada, pondera que a intimidade dos fatos é o status daquilo que é íntimo, isolado, sozinho, pois há uma liberdade de não ser importunado, de estar só, de não ser visto por

⁴⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade ler Virgílio Afonso da Silva. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002, p. 23-50.

⁴⁶ Sobre a técnica de ponderação ver Robert Alexy. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudio constitucionales. Madrid, 1993.

⁴⁷ VIANA, Ulisses Schwarz, op. cit., p. 145.

⁴⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 375.

⁴⁹ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 865.

⁵⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

estranhos.⁵¹

O sigilo da correspondência e da comunicação e dos dados estão relacionados à privacidade e à intimidade no tocante a sua inviolabilidade, conforme previsão da Constituição Federal, no art. 5º, inciso XII,⁵² estabelece que:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas,⁵³ salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual.⁵⁴

A palavra correspondência⁵⁵ tem, aqui, sentido amplo, englobando: a comunicação telefônica, a telegráfica, o rádio e os demais instrumentos de comunicação. Desta forma, o sigilo da correspondência foi estendido às comunicações⁵⁶ telegráficas, de dados e telefônicas.⁵⁷

A Lei nº 9.296/96, regulamentando a parte final do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal,⁵⁸ traz exceção à regra deste mesmo artigo, quando dispõe sobre o procedimento a ser adotado, quando da interceptação de comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução, em processo penal. Ainda, nessa lei, o legislador incluiu a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática como objeto possível de violação, conforme dispõe o art. 1º:

⁵¹ TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito eletrônico e processo eletrônico**. Doutrina, jurisprudência e prática. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70.

⁵² Art. 5º., 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.

⁵³ Jurisp.

⁵⁴ Prescreve o art. 152 do CP que a divulgação “sem justa causa”, de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem, é crime contra a inviolabilidade de segredo, cuja pena é de detenção, de 1 a 6 meses, ou multa. Somente se procede mediante representação. Contudo, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu que: Havendo justa causa para divulgação do segredo, o fato é atípico, constituindo constrangimento ilegal o indiciamento do agente em inquérito policial” (RHC _ Rel. Lauro Malheiros – RT 515/354).

⁵⁵ José Adércio Leite Sampaio, ao tratar do assunto, consigna que “quando alguém mexe desautorizadamente na correspondência alheia, já comete um atentado à intimidade dessa pessoa, pouco importa o conteúdo da correspondência. [...] O simples escrito no invólucro ou nome do remetente já nos podem antecipar o perfil do destinatário. Tanto que se reconheceu nos Estados Unidos, o direito de o indivíduo proibir a entrega pelo serviço de correio de correspondência que perturbasse a sua tranquilidade. Em suma: a correspondência, em si mesma considerada, é informação da intimidade, que demanda amparo” (SAMPAIO, José Adércio Leite, op. cit., p. 459).

⁵⁶ O sigilo das comunicações é uma manifestação clássica dos direitos à intimidade e tinha correspondência no art. 671 do Código Civil de 1916.

⁵⁷ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 1, p. 84.

⁵⁸ Art. 5º., 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

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Da mesma maneira, a captação de dados particulares de forma clandestina, sejam pessoas físicas ou jurídicas, bem como o tráfico desses dados, pode violar o dispositivo constitucional do inciso XII do art. 5º, por referir-se a violação do sigilo de dados.⁵⁹

A privacidade na internet tem relação direta com a segurança aquela mesma estampada na Constituição Federal, porém sob uma nova modalidade: a virtual. Dessa necessidade de proporcionar segurança aos usuários decorre a atuação do poder público em criar mecanismos efetivos neste sentido.

Nesse sentido o Marco Civil da Internet, a Lei 12.965/2014 traz no seu art. 28 a seguinte previsão: “O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País.” Para tanto, o Estado deverá se ocupar da formulação de estudos, planos para o tratamento adequado – inclusive no âmbito legislativo – da matéria, e especialmente ao que se refere à segurança dos usuários no tocante aos crimes cibernéticos.

A internet é sem dúvida “o sistema que representa uma das mais vanguardistas e revolucionárias mudanças na forma como as tecnologias e informação influenciam e transformam a vida em sociedade (e por esta é transformada).”⁶⁰

Destaca Jucemar da Silva Morais,⁶¹ “a internet será aquilo que dela fizermos” e ainda Como muito bem adverte Marcelo Thompson quanto ao poder da mesma: “remove, sim, ditadores, e deve fazê-lo. Mas não pode, no caminho da democracia, extinguir lhe a razão de ser – o igual valor, a dignidade de cada um dos integrantes do povo”.⁶²

CONCLUSÃO

Diante da rápida evolução dos meios informáticos, é necessário repensar a proteção à intimidade e à privacidade por meio das tutelas garantidoras desses direitos, haja vista tratar-

⁵⁹ TEIXEIRA, Tarcisio, op. cit., p. 70

⁶⁰ MORAIS, Jucemar da Silva. Estado, democracia e informação. In: **Marco civil da internet**. George Salomão Leite; Ronaldo Lemos (Coord.) São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 955.

⁶¹ Ibidem, p. 958.

⁶² THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. RDA – **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 959. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8856>. Acesso em 22.09.2016.

se de direitos fundamentais resguardados na Constituição Federal bem como na Lei 12.965/2014 chamada de Marco Civil da Internet, cujo objetivo principal é reger as relações entre as redes mundiais de computadores e os seus usuários.

Considerada por muitos como o maior meio de comunicação já inventada pelo homem a internet a par de todas as vantagens, traz também muitos perigos, especialmente os que se referem à prática de crimes cibernéticos.

O número de usuários bem como as características técnicas da internet propiciam o anonimato, que ao mesmo tempo em que privilegia a preservação da intimidade e da privacidade acaba por dificultar a investigação dos crimes e abusos perpetrados na rede de computadores.

É obrigação assumida pelo Estado dentro do contexto do Estado Democrático de Direito garantir à segurança do cidadão de forma ampla, o que deve ser feito por meio e políticas públicas, cabendo por sua vez ao legislador a tarefa de desenvolver mecanismos processuais aptos ao combate da violação e propagação de dados particulares, bem como a reparação adequada e rápida quando essa necessária proteção escapar ao controle do Estado em casos específicos.

A Lei 12.965/2014 prevê a não responsabilização dos provedores pelo conteúdo, bem como estabelece o procedimento para a retirada do conteúdo *online* que seja ofensivo ou ilegal, e ainda o prazo que os provedores devem manter os *logs*.

A proteção à privacidade está ameaçada seja pelos crimes cibernéticos ou pela necessária divulgação pelos provedores de dados pessoais para investigação e responsabilização dos envolvidos.

O grande impasse é que os provedores se recusam a fornecer dados pessoais de seus usuários à justiça posto que esses estejam resguardados por um contrato de sigilo realizado entre as plataformas de acesso, os provedores e os integrantes da rede. Entretanto, a referida lei possibilita que os provedores de aplicações removam, por iniciativa própria, e independente de decisão judicial os conteúdos que julgar danoso, sem assumir qualquer tipo de responsabilidade por eventuais danos. Os provedores só poderão disponibilizar esses dados (registros de conexão à internet, de acesso e aplicações na rede) mediante ordem judicial.

Minguém fica a salvo dos crimes cibernéticos seja pessoa física, jurídica ou o próprio governo, razão pela qual sofre mitigação o conceito de soberania do Estado, tendo em vista que não consiga manter-se imune de invasões ou investigação de interessados.

O desenvolvimento da tecnologia é reflexo direito da criatividade do homem que se

transforma em interesses ligados às liberdades individuais e coletivas, e talvez seja a mais importante experiência do homem em sociedade. Ao Estado cabe desenvolvê-la e protegê-la, ao mesmo tempo em que cria mecanismos cada vez mais aptos a evitar os crimes cibernéticos, encurtando assim a distância existente e resistente entre o lícito e o ilícito na rede mundial de computadores.

7 REFERÊNCIA

BEAS, Diego. Tecnologia e a ameaça aos direitos fundamentais da vida em democracia. *Jornal El País*. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/28/tecnologia/1461831733_977431.html. Acesso em 20.09.2016.

BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica/IDP, 2000.

CERT.BR – **Centro de estudos, respostas e tratamento de incidentes de segurança no Brasil**. Cartilha de Segurança para a Internet. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/seguranca/>. Acesso em 22.09.2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GLOBO- G1. **Mundo**. Suicídio de mulher que teve vídeo sexual exposto na web choca a Itália. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/suicidio-de-mulher-que-teve-video-sexual-exposto-na-web-choca-italia.html>. Acesso em 19.09.2016.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 1.

JÚNIOR. Geraldo de Aquino. **Responsabilidade civil na internet**. Rui Stoco (org.). In: Doutrinas essenciais. Dano moral, vol. I. Teoria do dano moral e direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LUNA FILHO, Eury Pereira. **Internet no Brasil e o direito no ciberespaço**. Disponível em: <http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/informáticaJurídica/Dotrina/.html>. Acesso em: 25 mar. 2007.

METAB – **Banco de metadados**. Disponível em: <http://www.metadados.ibge.gov.br/consulta/default.aspx> Acesso em 22.09.2016.

MORAIS, Jucemar da Silva. *Estado, democracia e informação*. In: **Marco civil da internet**. George Salomão Leite; Ronaldo Lemos (Coord.) São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

PECK, Patricia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHITT, Cristiano Heineck. **A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso**. Revista de direito do consumidor. Ano 18. N. 70. São Paulo: Ed. RT, abr./jun.2009, p. 139-171.

SOUZA, Adriana Cerqueira de; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Livre-iniciativa, livre-concorrência e a defesa do consumidor como fundamento do marco civil. In: **Marco civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coords.). São Paulo: Atlas, 2014.

PWC - **Inovando e transformando em segurança cibernética**. Principais conclusões da pesquisa global e segurança e informação. Mai/2016. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/2016/tl-gsiss16-pt.pdf>. Acesso em 19.09.2016.

TRACTO CONTENT MARKETING. **Quanta pessoas tem acesso à internet no mundo?** Disponível em: <http://www.tracto.com.br/quantas-pessoas-tem-acesso-a-internet-no-mundo/>. Acesso em 22.09.2016

VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do marco civil. In: **Marco civil da Internet**. George Salomão Leite e Ronaldo Lemos (coord.). São Paulo: Atlas, 2014.

G1 – Globo.com. **Tecnologias e games**. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-deve-ser-bloqueado-decide-justica-do-rio.html>. Acesso em 20/09/2016.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos**. Ameaças e procedimentos de investigação. 2.Ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.