



A IMPRESCINDÍVEL CONSTRUÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS AO MUNDO NOVO DO AMBIENTE VIRTUAL

Lorna Beatriz de Araújo¹

Francisco Marcos de Araújo²

RESUMO

A sociedade passa por uma revolução tecnológica com consequências ainda indimensionáveis. A este conjunto de fenômenos tecnológicos, responsáveis por estabelecer novas formas de convivência social, denominou-se sociedade da informação. Seus desafios são inúmeros e ultrapassam o ambiente jurídico, colocando à prova a capacidade de alcançar resultados satisfatórios na proteção dos direitos fundamentais. No Brasil, seguindo tendência internacional, a aceleração tecnológica tem ressignificado as novas concepções do ordenamento pátrio, especialmente no que toque ao acesso à informação e o direito à privacidade. A pretensão desse artigo é apresentar a construção evolutiva dos direitos aplicáveis ao ambiente virtual.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Sociedade da informação. Ambiente virtual.

¹ Doutoranda em direito pela UNIFOR. Mestre em direito pela UFRN. Mestre em Ciências Sociais pela UERN. Especialista em Direitos Humanos pela UERN. Professora universitária.

² Doutor em Direito pela UNIFOR. Mestre em direito pela UFRN. Advogado. Professor adjunto da UERN.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade mundial vem passando por uma nova revolução: a revolução informática, que resulta em uma “Era da Informação”, dividida em “Era Eletrônica” (da Segunda Guerra até a década de 1980) e “Era Digital” (depois de 1980 com a massificação dos computadores pessoais). Pela angulação econômica, o avanço tecnológico recebeu a conceituação de Revolução Digital ou informacional, ou ainda de Revolução da Tecnologia da Informação, devido seu elevado aporte tecnológico nas relações humanas e na forma da produção dos agentes econômicos, pautada na digitalização dos bens e da prestação de serviços, viabilizando o uso simultâneo dos bens de consumo.

O indiscutível é que, pela nova tecnologia, a vida humana foi transformada para além da imaginação. E mais: rapidamente sob os auspícios da internet, possibilitou massificar o compartilhamento, difusão e criação da informação em rede. Um dos pontos positivos exaltados pelo uso da tecnologia foi a aproximação dos povos, por possibilitar uma interação que mescla as identidades culturais e comunicativas num fenômeno sócio filosófico denominado por Marshall McLuhan de “Aldeia Global” (McLuhan; Powers, 1986, p. 36).

Caracterizam-se, pois, tais sociedades globalizadas, em termos largos, como sociedade da informação e da tecnologia e que funcionam, nessa nova ótica da dinamicidade da informação e da reconexão entre os indivíduos, em uma nova espécie de comunidade/espacos que saem do real e fundam-se no virtual. O sociólogo Manuel Castells (1999) chama essa nova dimensão de sociedade da informação.

Não há de se ignorar, igualmente, que o crescente desenvolvimento tecnológico tem impactado sobremodo os círculos sociais, a comunicação e os bens de produção, impondo desafios e dilemas éticos. Independentemente dos fatores econômicos e a mudança radical no campo tecnológico, há uma relevante mudança comportamental.

Numa proporção significativa, a tecnologia representa a habilidade de uma sociedade em impulsionar seu domínio por intermédio das instituições sociais, inclusive o Estado. No dizer de Castells (1999, p. 49), trata-se do “processo histórico em que esse desenvolvimento de

forças produtivas ocorre assinala as características da tecnologia e seus entrelaçamentos com as relações sociais”.

Predizer os desdobramentos causados pela revolução digital na individualidade que cerca a vida humana é algo que intriga pesquisadores do mundo todo. No âmbito do indivíduo, os impactos causados por essa sociedade da informação são múltiplos e atingem fortemente a identidade e os aspectos relacionados a ela, como o senso de privacidade, a noção de propriedade, os padrões de consumo, o tempo destinado ao trabalho, ao lazer, o desenvolvimento da carreira profissional, o cultivo das competências profissionais, os relacionamentos e a forma como se interage uns com os outros, como os descritos sucintamente por Klaus Schwab (2016, p. 99).

Diante de um “Admirável mundo novo”, para parafrasear a obra de Aldous Huxley (2001), o homem do nosso tempo deixou de ser um *citoyen penseur* (cidadão pensante) para ser um *citoyen pensé* (cidadão pensado), como mencionado por Michel-Louis Rouquette (2006, p. 17), na medida em que se transformou num ser mental e emocionalmente programado pela mídia e pelas técnicas de marketing cada vez mais sofisticadas e condicionantes dos comportamentos individuais e coletivos.

Fala-se em “cibercidadania”, “ciberespaço”, “ciberdireitos”, para contextualizar neologicamente as novas práticas do cidadão que vive a dualidade realidade/virtualidade nas suas relações comunicacionais, sociais, culturais e econômicas. Trata-se de uma nova tendência disruptiva e ao mesmo tempo formadora de uma cultura convergente, que veio a repercutir diretamente tanto nos direitos civis, como nos direitos fundamentais.

Em boa medida, é tarefa ontológica do Direito se adequar a essas novas tecnologias, para manter sua efetividade em face das relações humanas. Impende, como fundamental, a instituição de mecanismos jurídicos que possibilitem a integração da pessoa a este mundo virtual e assegurar a sua efetiva participação na sociedade da informação.

Neste novo e ultrarrevolucionário cenário, faz-se necessária a construção de novas categorias de direitos fundamentais, ainda que atribuídos por hermenêutica principiológica, como técnica expansionista da tutela da dignidade humana. A concretização da norma desses novos direitos fundamentais implica em preencher espaços não regulados sobre o direito ao acesso à internet; direito à participação na sociedade da informação; um direito à privacidade específica ao ciberespaço; direito à proteção de dados, etc.

A Constituição Federal de 1988 apresenta um catálogo de direitos fundamentais materialmente abertos no sentido de permitir a construção de novos, encontrando-se em permanente processo de expansão. A atividade expansionista do catálogo dos direitos fundamentais ocorre por meio dos seguintes procedimentos: a) criação de direitos fundamentais expressos por meio de emendas constitucionais, b) construção de direitos fundamentais decorrentes e c) ratificação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos mediante o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Na cláusula de abertura dada pelo nosso texto constitucional vigente (a partir dos §§ 1º e 2º do artigo 5º), também podem ser perfilados perceptivamente dois agrupamentos distintos de direitos fundamentais: a) aqueles que estão expressamente positivados; e, b) outros direitos positivados implicitamente. Assim, a Constituição passa a ser a estrutura que, diante de tempo e espaço variados, passa a acomodar novos direitos (Dobrowolski, 2006, p. 8), reconhecendo que a história não tem fim quando se fala em direitos fundamentais, pois ao tempo que sempre haverá risco à pessoa humana, em igual medida existirão direitos inerentes a esses riscos (Sarlet, 2010, pp. 83-84).

Há, portanto, direitos fundamentais por assimilação e conexão lógico-sistêmica com outros valores e aqueles cuja existência está além da presença no título específico dos direitos fundamentais. Também há direitos fundamentais fora do título, em outras partes da Constituição e fora dela, neste último caso, nomeadamente, os tratados internacionais de direitos humanos. Como também poderá haver normas de legislação infraconstitucional com conteúdo de direitos fundamentais, mas que não se submetem ao regime especial desses.

Nessa perspectiva da incompletude de direitos fundamentais próprios relacionados à tecnologia, é que se descreverá adiante uma proposta de um elenco de novos direitos fundamentais ambientados na sociedade da informação, voltados para a implementação da dignidade humana.

2 A CONSTRUÇÃO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICÁVEIS À REALIDADE TECNOLÓGICA

Com efeito, analisando as dimensões sociais da revolução da tecnologia da informação, pode-se pensar se o destino desta seria cumprir – referindo-se a relação entre a tecnologia e a sociedade – a proposta formulada por Melvin Kranzberg (1985, p. 50), de que a tecnologia em si não é nem boa e nem ruim, todavia, também não é puramente neutra.

Assim sendo, segundo Castells (1999, p. 113), a tecnologia da informação é uma potência que se concretiza no atual paradigma tecnológico e que está enraizada neste mesmo paradigma, penetrando, desse modo, no âmago da vida e da mente dos indivíduos imergidos nesta nova sociedade. Desta maneira, sua atuação plasma, nos indivíduos componentes da sociedade da informação, novas compreensões acerca das relações que exsurtem entre si, a máquina, o espaço virtual e o espaço físico, desaguando, assim, na elaboração de novos conceitos, representações e relações do/no real.

Pelo que se percebe, o desenvolvimento das tecnologias que desencadearam a revolução tecnológica se deu de modo aleatório, mais por um conjunto de circunstâncias favoráveis do que propriamente um determinismo institucional. Mas, a partir do momento que essa tecnologia surgiu, duas realidades aconteceram: i) ela mesma foi se retroalimentando, entrando em um ciclo em que o próprio “efeito sinérgico” de uma invenção levasse à outra; e, ii) posteriormente, as instituições apropriadamente tomaram conta da tecnologia para promover e reestruturar o decadente sistema capitalista dos anos 1980.

Para Van Dijk (2012, p. 37) a sociedade da informação se constitui como nova espécie de organização da vida em sociedade, estabelecendo uma rede comunicacional diferente das relações estabelecidas convencionalmente de modo presencial. Dessa forma, a sociedade da informação é um tipo moderno de sociedade, na qual a intensidade de informação de todas as atividades é tão elevada que possibilita uma organização social baseada na ciência, na racionalidade e na reflexividade; uma economia com todos os bens e setores, incluindo o agrícola e o industrial, incrivelmente caracterizada pela produção de informações; um mercado de trabalho com a maioria das funções largamente ou completamente baseada em tarefas de processamento de informações, requerendo conhecimento e alta qualificação educacional; uma cultura dominada por produtos de mídia e informação com seus sinais, símbolos e significados.

Constata-se ainda mais que, por sentido ontológico, esse novo sistema de comunicação está unificando a fala numa língua universal digital, promovendo a integração global da produção e distribuição de palavras, sons e imagens de uma cultura, personalizando-os ao gosto

das identidades e humores dos indivíduos. É plenamente perceptível, como sentido unitário que, as redes interativas de computadores estão aumentando vertiginosamente as formas e canais de comunicação, moldando a vida humana e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela.

Resta ao Direito tomar conta deste compasso da nova organização social que se formou a partir desses avanços tecnológicos. Por serem estamentos da ordem social, tem-se ciência de que os direitos fundamentais, dada a sua importância singular para a dignidade humana, representam a máxima instância de direitos a serem tutelados e protegidos, sendo instituídos, por tal razão, em nível constitucional, com méritos de superconstitucionalidade (Brandão, 2010, p. 151), no sentido de serem tidos como os principais direitos de um ordenamento jurídico.

Verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das quatro dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.

A teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno.

O fato é que, as razões histórico-ideológicas da compartimentalização dos direitos fundamentais se consolidaram em um catálogo cujo objetivo principal é garantir a dignidade plena da pessoa humana. Destaque-se que a dignidade da pessoa humana, como elemento jurídico, somente passa a ser considerada como prioridade absoluta de boa parte das nações ocidentais a partir dos meados do século XX, expressivamente em razão dos fatos acompanhados durante a Segunda Guerra Mundial (Sarlet, 2010, pp. 33-47). Por certo que, com o advento da atual teoria constitucional, a dignidade humana passou a gozar de relevância jurídica destacada, o que lhe conduziu a níveis de concretização antes não verificados.

A dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das consequências

à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva.

Essa interface constituiria o fecho sistemático da proposição de Alexy (2008, p. 248) para um “direito fundamental completo”. A edificação de um conjunto de posições jurídicas em torno de um direito fundamental, coesas na determinação de um mesmo valor protegido constitucionalmente, seria a materialização do direito fundamental completo. A noção de um direito fundamental completo implementa a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. A partir de um determinado dispositivo constitucional, é possível a construção de diversas normas de direito fundamental relacionadas a um mesmo valor ou bem.

Alexy resolve doutrinariamente esta carência de amplitude da norma de direito fundamental ao defender expressamente o reconhecimento de direitos fundamentais não previstos expressamente no texto constitucional, mas compreendidos dentro de uma abertura estrutural do contexto principiológico da Constituição. Para o jurista alemão, “as normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas” (2008, p. 73).

Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente. Necessita, para a constituição de uma norma de direito fundamental atribuída, uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Aliás, essa correta fundamentação, sustenta Alexy, pode ser estendida também às normas de direito fundamentais diretamente estabelecidas, podendo ser generalizada. E acresce:

Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstre por que aquilo que a Constituição diz que é válido, normalmente tem, para a prática da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente.

No caso de uma norma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida. (2008, p. 76)

A teoria de Alexy quanto a possibilidade de norma de direito fundamental atribuída encontra ressonância no Brasil. Voltando-se para a realidade brasileira, a sistemática adotada pelo texto constitucional foi de dar ao poder constituinte o poder da definição do conteúdo dos direitos fundamentais. Se listará a seguir, numa perspectiva de construção hermenêutica, alguns desses novos direitos fundamentais aplicáveis ao ambiente virtual.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COMO ACESSO À INTERNET E LIBERDADE DE USO.

Para além da conformação ética da sociedade, o Direito tem como atribuição acompanhar também o seu desenvolvimento tecnológico, regulando as questões que possam gerar violações ou ofensas à integridade (física e moral) dos seus membros. Há quem aponte a inserção a sociedade da informação dentro dos direitos fundamentais de terceira dimensão, se considerado apenas o uso de novas tecnologias. Em tal sentido, demonstra Sarlet (2010, p. 105):

[...] assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (que já foi considerado como direito de terceira geração pela corrente doutrinária que parte do critério da titularidade transindividual), bem como o direito de informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação, etc., mas que – em virtude de sua vinculação com os direitos de liberdade (inclusive de expressão e comunicação) e as garantias da intimidade e privacidade suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Certamente, na estrita limitação da liberdade de informática não comportaria dimensionar um direito fundamental cuja abrangência e tutela são provisoriamente indefinidos, dado aos ilimitados recursos e avanços da tecnologia. Melhor dimensionar tais direitos advindos

dos inegáveis avanços tecnológicos dos três últimos decênios como direitos fundamentais de quinta geração.

Wolkmer (2012, p. 44) defende a existência de uma quinta dimensão, onde estão situados os direitos oriundos da sociedade da informação. Certo é que, pela novidade e no contexto da sociedade da informação, na ambiência dos direitos fundamentais, a internet constitui apenas mais um espaço onde serão eles exercitados e defendidos. Pela noção temporal, se enquadra como direito fundamental de quinta geração, sendo a Sociedade da Informação uma concepção terminológica recebida dos avanços tecnológicos nas comunicações e na vivência social dos últimos trinta anos.

Na defesa da formação de um direito fundamental, merece registro o Relatório A/HRC/17/27 emitido pela ONU, que reconheceu o livre acesso à internet como um direito humano. O “Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão” apresentou como principais violações: o bloqueio arbitrário ou a filtragem de conteúdo; a criminalização de expressão legítima; a imposição de responsabilidades intermediárias; a interrupção do acesso à internet pela população, fundamentada na violação de propriedade intelectual; os ciberataques; a proteção inadequada (ou insuficiente) do direito à privacidade e ao resguardo dos dados pessoais (United Nations, 2011).

É plenamente possível se reconhecer um direito fundamental do cidadão ao acesso à internet e à sua participação na sociedade da informação, como meio de inclusão digital. O relatório, emitido pela Organização das Nações Unidas, como destacado acima, defende o acesso à internet como um direito humano, baseado na universalidade do acesso à informação.

E, de fato, as concepções do constitucionalismo europeu estão voltadas a assegurar um direito fundamental do acesso à internet. Todavia, de forma superficial, não relatando de que forma e a que custo se daria o fomento desta inclusão digital. Três nações europeias assim já proclamaram a fundamentalidade de tal direito.

A primeira, foi a Estônia, ao editar uma lei que promulgou a universalidade do acesso à internet como uma necessidade básica da população (Woodard, 2003). A segunda foi a Finlândia, assegurando aos seus cidadãos o acesso à internet banda larga, com velocidade mínima de um megabit por segundo, como se fosse um direito fundamental. A terceira foi a

Grécia, inserindo na revisão constitucional ocorrida no ano de 2001 o artigo 5A, com o seguinte texto:

2. Todas as pessoas têm o direito de participar na sociedade da informação. A facilitação do acesso a informações transmitidas por via eletrônica, bem como da produção, intercâmbio e difusão dos mesmos, constitui uma obrigação do Estado, sempre em observância das garantias de artigos 9, 9A e 19. (Grécia, 2011, n.p.)

Seguindo tal tendência, em 2009, o pacote de reformas proposto pela União Europeia às empresas de telecomunicações trouxe propostas revisionais para inserir o reconhecimento do direito ao acesso à internet; à manutenção da neutralidade da rede; à universalização da internet banda larga para a população europeia (União Europeia, 2009, pp. 1-11).

Ainda que não contido na Constituição de alguns países, somam-se quase em uma dezena o reconhecimento do acesso à internet como um direito fundamental. Na Alemanha, um exemplo é o caso julgado, no ano 2013, pela Corte Federal de Justiça de Karlsruhe, a qual determinou que o provedor de acesso à internet deve compensar financeiramente o consumidor em caso de interrupção do acesso, sustentando que a internet é fundamental para a vida na sociedade contemporânea (Hudson, 2013).

São conhecidas decisões das Cortes Constitucionais da Alemanha, França e Reino Unido. Para o Conselho Constitucional francês, o acesso à internet é um “direito humano básico”. Tal pensar foi externado ao ser julgada a constitucionalidade da Lei Hadopi, que tinha por objetivo combater a pirataria online. No *àriert* constitucional da Corte francesa, restou consagrada a constitucionalidade da lei por respeitar o direito fundamental do acesso à internet, já que aplica sanções graduais, em três etapas, sendo apenas a última etapa a suspensão do acesso à internet dos infratores de direitos intelectuais na internet (République Française, 2009, pp. 13-14; Grasmick, 2015, p. 226).

Também vem do Reino Unido outra decisão paradigmática. O pronunciamento judicial referente ao caso Philip Michael Jackson é extremamente didático. Ele havia instalado uma câmera em um frasco de xampu para vigiar uma menina de 14 anos durante o banho. Flagrada a câmera, a polícia encontrou gravações idênticas a outras menores. Em primeira instância, ele foi condenado a cumprir uma pena denominada Sexual Offences Prevention Order (SOPO), prevista no Sexual Offences Act, ficando proibido de possuir um computador; de usar uma câmera em público; de entrar em contato com crianças, no trabalho, até o dia de sua morte.

Inconformado, Jackson recorreu à Corte de Apelação, que reformou a decisão, afirmando que uma decisão judicial é desproporcional quando impede que alguém tenha acesso à internet nos dias de hoje. Contudo, alternativamente, a Corte determinou que Jackson apresentasse, periodicamente à polícia, seus históricos de navegação na internet (Bowcott, 2012).

A frequência com que está sendo reconhecido o acesso à internet como um direito fundamental apenas retrata o nível de dependência social de tal instrumento como meio de formação cultural, educacional, integração, trabalho e coexistência humana. Todavia, o tema não é unânime. De acordo com Cerf (2012), um dos cientistas responsáveis pela criação do protocolo TCP/IP, que atualmente ocupa a vice-presidência da Google, em artigo publicado no jornal *The New York Times*, sustentou que a tecnologia é um facilitador de direitos, razão pela qual não seria um direito em si, e, por isso, haveria uma distância significativa para o reconhecimento do acesso à tecnologia como um direito universal.

Aqui no Brasil, tramita no Senado Federal desde 09 de março de 2020, a PEC nº 008/2020, de iniciativa do senador Luiz Pastore, acrescentando um inciso ao artigo 5º da Constituição Federal, de seguinte teor: “LXXIX – é assegurado o direito de acesso à internet”.

Na justificativa, de apenas dois parágrafos, o senador destaca no primeiro que por meio da internet é possível ter acesso a notícias de qualquer parte do mundo, acervos de bibliotecas e museus, ferramentas educacionais para crianças, jovens e adultos, oportunidades de emprego e uma “infinitude de outras ferramentas e conteúdos”. E no segundo parágrafo, complementa:

O acesso à internet é, hoje, elemento fundamental para o desenvolvimento pleno da cidadania e para o crescimento profissional de todas as pessoas. Sem dúvida, a eventual falta de acesso à internet limita as oportunidades de aprendizado e de crescimento, de educação e de emprego, comprometendo não apenas o futuro das pessoas individualmente, mas o próprio progresso nacional (Brasil, 2020b, pp. 1-2).

Não se ignora que já havia sido apresentado em 2011 um Projeto de Emenda Constitucional (de nº 06), incluindo o acesso à internet no rol do artigo 6º da CF Constituição Federal de 1988, qualificando-o, portanto, como uma espécie de direito social. O fato é que, duas proposições legislativas de emenda à Constituição tratam da construção de um novo direito (seja como fundamental, seja como social) à participação na sociedade da informação mediante

a garantia de acesso à internet, demonstrando a preocupação legislativa com o importante papel desempenhado pela tecnologia da informação na evolução social dos brasileiros.

Muitos dos direitos conferidos aos cidadãos dependem cada vez mais do uso e acesso às novas tecnologias de informação e comunicação. Nesta pandemia, a garantia do exercício de alguns direitos, como o da educação, o da informação, o do acesso à justiça, o do trabalho e o da remuneração digna, ou até mesmo o da saúde, foram propiciados pelo acesso à internet. Contudo, ainda assim existem dificuldades operacionais e financeiras para a assecuração de seu uso como um direito fundamental, sendo essa a causa principal para que não se avancem as tratativas legislativas como as que se deram na Europa.

Numa superficial visão, um dos óbices mais evidente está na dimensão territorial do Brasil. As dificuldades de operacionalização de uma cobertura territorial para garantir o acesso à internet a toda a população são imagináveis. Por outro ângulo, há de ser considerado que, atualmente, o acesso à internet é majoritariamente prestado à população por meio de provedores de conexão, que cobram pelos serviços prestados e, como tal, estão sujeitos a serem limitados ou interrompidos em caso de inadimplemento por parte do consumidor, conforme previsão no artigo 90 da Resolução 632, de 7 de março de 2014, da ANATEL.

Nesse caso, se o acesso à internet for considerado um direito constitucional, eventual interrupção seria uma violação ao direito do cidadão, por ser serviço de natureza essencial. Tem que ser dimensionada e remunerada, com equidade, a prestação de serviços das empresas que se ocupassem do fornecimento de acesso.

Ademais, não bastaria assegurar o direito ao acesso à internet. Há de ser antevista também a forma de materialização da inclusão digital. Uma política pública que incentive ou oportunize a compra de computadores não faz mais do que conceder meio de acesso digital, mas a inclusão propriamente dita depende de fatores muito mais ligados à educação do que ao acesso a computadores ou a redes da web.

Uma norma de direito fundamental atribuída para um direito fundamental de participação na sociedade da informação com direito à internet e uso livre tem como sólida argumentação a previsão constitucional do direito fundamental à educação e à liberdade. A operabilidade do direito fundamental à educação e à liberdade traz como consequente lógico a garantia do usufruto das mudanças trazidas pela tecnologia da informação e da comunicação para dentro do processo educacional.

Uma construção normativa que promova o acesso à internet como meio de inclusão do cidadão, realiza e fluidifica o diálogo necessário entre o Direito e as novas tecnologias. Não sem propósito, a Lei nº 12.965/2014, que veio estabelecer o marco civil da internet, em vários de seus dispositivos reconhece plenamente o uso da internet como elemento integrante na formação civilizacional do cidadão. A exemplo, os arts. 2º, inciso II; 3º, inciso I; 4º, II e o caput do artigo 26.

Os direitos são construções históricas. Assim, eles são por natureza mutáveis e devem corresponder sempre às novas necessidades e realidades ditadas pelas sociedades em processo célere e profundo de transformação, como a do Brasil. Nesse contexto, a história forçará uma tomada de posição dos poderes legislativo e executivo para a constitucionalização desse direito à participação na sociedade de informação, por meio da garantia do acesso livre à internet, sem perder de vista a problemática da inclusão digital.

2.2 UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO AMBIENTE VIRTUAL

Nos albores do século XXI, o Estado tem deixado de ser o grande inimigo das liberdades públicas, haja vista que proliferam na sociedade outros focos de poder, poderes inorgânicos e não departamentais da soberania do Estado - a exemplo do poder da mídia, das comunicações e das redes sociais indutoras de novas pastas de comportamentos que caracterizam a era da internet.

Nesses novos tempos, um grande desafio é a concretização dos direitos fundamentais frente ao desenvolvimento tecnológico. Consabidamente, um avanço inimaginável na construção e criação de instrumentos e técnicas que permitem a identificação, o monitoramento e o controle da pessoa humana a partir da coleta e do tratamento das informações a ela referentes, o que atraiu a atenção para a tutela dos seus dados pessoais. O estabelecimento da própria esfera privada, a partir da qual definem-se os espaços da liberdade, e o próprio caráter da interação social de cada pessoa passa a depender em grande medida da possibilidade de controle efetivo que esta seja capaz de dever sobre as informações a seu respeito.

Nesta perspectiva, uma disciplina de proteção dos dados pessoais assumiu as feições de um legítimo direito fundamental, como instrumento de proteção da pessoa, face às

possibilidades de tratamento e utilização dos seus dados. Com a nova realidade do ciberespaço, na qual os indivíduos não são meros consumidores de informação, mas também produtores públicos de dados pessoais – não exclusivos –, a arquitetura descentralizada da rede propiciou o surgimento de serviços e produtos agregados à maior coleta de dados.

Neste ambiente, algumas empresas alcançaram uma posição para melhor coletar, controlar, rastrear e definir perfis comportamentais de um grande número de titulares de dados pessoais, antecipando e induzindo preferências, escolhas e decisões. Como consequência, os mesmos fatores econômicos que auxiliam na compreensão do comportamento de trabalhadores e consumidores também podem determinar investimentos na obtenção e na blindagem do compartilhamento de dados pessoais.

Parte dessa estratégia de mercado de transformação de dados pessoais comportamentais em experiência advém do que Thaler e Sunstein denominam de arquitetura da escolha, que nada mais representa do que a incorporação de um princípio da psicologia em produtos e serviços: a compatibilidade de resposta de estímulo (Thaler; Sunstein, 2009, pp. 83-84). A ideia subjacente a essa prática de mercado com dados pessoais comportamentais envolve o recebimento esperado de sinais (estímulos) para que haja consistência com a ação desejada. A configuração de aplicativos e o desenho gráfico de plataformas digitais são construídos exatamente com o escopo de proporcionar o recebimento de sinais esperados para ensejar a adoção de ações desejadas.

O maior exemplo desse fenômeno advém da publicidade online praticada por redes sociais, que conseguem direcionar anúncios a partir da criação de incentivos para a troca de experiências com usuários, com o escopo de posteriormente monetizar aquilo que Zuboff denominou de “rendition” (Zuboff, 2008, p. 240). Em 2018, na conferência anual PrivacyCon da FTC, Alan Mislove apresentou uma pesquisa empírica (Venkatadri *et al.*, 2018) na qual demonstrou que algumas plataformas digitais conseguem converter análises de enquetes e anúncios em perfis comportamentais para realizar ofertas diretas de produtos com público-alvo ainda mais preciso.

Com as estratégias de mercado impulsionadas pela arquitetura da escolha em conjunto com mecanismos de big data e data analytics, o aumento da disponibilidade de dados pessoais fomentou atividades e benefícios até então impensáveis, mas, em contraposição, as

posições de poder decorrentes da exploração econômica dos dados pessoais despertaram ainda mais a atenção dos reguladores e formuladores de políticas públicas.

É necessário, então, construir uma tutela eficaz da pessoa enquanto ser humano, e do ser humano enquanto cidadão e consumidor. A função da intimidade no âmbito informático não é apenas proteger a esfera privada da personalidade, garantindo que um indivíduo não seja incomodado devido a má utilização de seus dados. Pretende-se evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado em números, tratado como se fosse uma mercadoria, sem a consideração de seus aspectos subjetivos, desconsiderando-se a sua intimidade (Limberger, 2008, pp. 219-222).

A partir dessas perspectivas, o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental tornou-se indiscutível, posto que, não mais deriva de uma dicção explícita e literal, infere-se mesmo da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade pessoal humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada. Como acentua Rodotà, “esta abordagem reflete-se em inúmeros documentos nacionais e internacionais, principalmente na Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia, na qual a proteção de dados é reconhecida como um direito fundamental autônomo” (Rodotà, 2008, p. 13).

Merece trazer a relevo o marco inicial da aplicação de um decisionismo concreto no reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito fundamental. Sem dúvidas, tudo teve início com a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso em que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei do Censo, aprovada em 1982, que determinou que os cidadãos do condado de Dressen fornecessem uma série de dados pessoais para mensurar estatisticamente a distribuição espacial e geográfica da população.

O julgado alemão é relevante porque reconheceu a autonomia dos direitos à proteção dos dados pessoais e à autodeterminação informacional, destacados do direito à privacidade, conforme registrado por Bruno Bioni (2019, p. 101). Para o Tribunal, a capacidade do indivíduo de autodeterminar seus dados pessoais é parcela fundamental do seu direito de desenvolver livremente sua personalidade. Dessa forma, a atividade de processamento dos dados pessoais deve ter limites, impondo-se “precauções organizacionais e processuais que combatam o perigo de uma violação do direito da personalidade”.

A partir daí foram editadas leis e regulamentos em matéria de proteção de dados. Embora ensimesmadas em práticas de controle voltadas às suas necessidades internas, as nações mais avançadas têm adotados modelos distintos, quer na regulação, quer na forma de aplicação. Em grande medida, estes modelos se diferem pelo maior ou menor grau de participação do Estado e/ou órgãos reguladores, bem como em relação ao nível de receptividade da atuação regulatória conjunta com atores privados. A escolha do critério de aproximação decorreu da maior ou menor capacidade de influência estatal em conjunto com a existência de incentivos para atuação regulatória privada.

A policontextualidade de cada sistema normativo, voltado às necessidades internas de relações sociais e de negócios, dimensiona qual a melhor forma de tutelar a privacidade e a proteção dos dados pessoais dentro do seu respectivo território, ainda que se ignore a condição de que uma nação nada mais é do que uma “vila” num ambiente global.

A partir do julgamento da Corte Constitucional alemã, um movimento crescente se deu na Europa com inserção de dispositivos em textos constitucionais garantindo um direito fundamental à proteção de dados, a exemplo das constituições da Espanha, Portugal e Suécia.

Obviamente que era intenção da legislação europeia (União Europeia, 1981, pp. 1-9), desde a mencionada Convenção de Estrasburgo (Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais - 1981), alçar o direito à proteção de dados à condição de direito fundamental de natureza autônoma entre os estados integrantes da União Europeia.

No ano 2000, o Parlamento Europeu aprovou uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, fazendo inserir disposições específicas sobre proteção de dados no artigo 8º, com a seguinte redação:

Artigo 8º - Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de acessar os dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente (União Europeia, 2000, p. 10).

A partir das características do sistema jurídico instituído na Europa acima narradas, pode-se traçar um paralelismo criativo com o modelo que vem sendo construído no sistema jurídico pátrio.

A construção de uma norma de direito fundamental atribuída, em relação a um direito fundamental autônomo à proteção de dados foi iniciada no Brasil pelo próprio Supremo Tribunal Federal nos dias 06 e 07 de maio de 2020, por ocasião do julgamento das ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. As ações tinham sido ajuizadas contra a Medida Provisória nº 954/2020, que estipulava o compartilhamento obrigatório de dados pessoais (nome, telefone e endereço) de empresas de telefonia móvel e fixa com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de continuidade da produção estatística do órgão. O julgamento histórico procedeu com uma atualização dos direitos fundamentais, com ampla repercussão na hermenêutica constitucional sobre o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais.

As ações atacavam a MP 954/2020 devido ao texto apresentar uma finalidade genérica, ter falhas em precisar a necessidade do compartilhamento massivo de dados pessoais e a ausência de medidas de segurança da informação. O Supremo Tribunal Federal acolheu as ações propostas e decidiu por suspender a sua eficácia e impedir que a transferência dos dados se efetivasse.

Se esse potencial não era percebido há décadas, hoje, dado o estado do desenvolvimento tecnológico pautado no tratamento intensivo de dados pessoais, ele não pode mais ser ignorado. Considerado o conjunto dos votos, o julgamento pautou-se em três aspectos principais, que podem ser extraídos como uma valiosa lição para a proteção de dados no Brasil: i) o direito à proteção de dados, embora não prescrito expressamente na Constituição, é um direito fundamental autônomo, distinto do direito à privacidade (embora relacionado a ele); ii) o direito à proteção de dados é um pilar da democracia em sua dimensão coletiva, não se limitando à esfera individual, privada; iii) o direito à proteção de dados tem sua raiz na cláusula constitucional do devido processo legal.

Há neste particular julgamento uma metamorfose judicial, um salto jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a mudar o *locus* da proteção de dados do âmbito da proteção constitucional à vida privada, como vinha sendo tratada, para o reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados. Durante esse paradigmático julgamento, os votos foram construídos na reconceitualização da privacidade e na incorporação da ideia de autodeterminação informativa, segundo a qual o indivíduo deve ter algum nível de controle sobre o que é feito dos seus dados pessoais.

A afirmação da proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo foi finalmente incorporado legislativamente à Constituição Federal, com a promulgação pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional nº 115, em 10 de fevereiro próximo passado, acrescentando o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, ambos da Constituição Federal, fruto do texto aprovado da PEC (Projeto de Emenda à Constituição de nº 17/2019).

Com esta Emenda à Constituição, cumpre o país as proposições do mercado internacional, atento ao pensamento de Rodotà, quando refere que o direito de proteção de dados pessoais é o direito fundamental “mais expressivo da condição da condição humana contemporânea. Relembrar isto a cada momento não é verbosidade, pois toda mudança afeta a proteção de dados tem impacto sobre o grau de democracia que nós podemos experimentar” (Rodotà, 2008, p. 21).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança social provocada pela tecnologia exige a implementação de regulamentação no campo normativo constitucional e infraconstitucional. Uma mudança social, como diz Honneth, deve ser interpretada como uma diferenciação de duas esferas de reconhecimento: a valorização social (*soziale Wertschätzung*) e a luta por reconhecimento (*Kampf um Anerkennung*), compreendida como uma espécie de pressão social, a partir da qual novas dimensões de um mínimo existencial devem ser, permanentemente, pensadas e repensadas. Esse processo evolutivo é marcante para a ampliação horizontal dos direitos fundamentais (Honneth, 2010, pp. 178 *et seq.*).

Habermas (2014, pp. 237-276) sustenta que uma sociedade democrática depende da efetividade dos direitos fundamentais e da existência de relações sociais de reconhecimento. A construção de fundamentos jusfilosóficos para novos direitos fundamentais passa certamente pelo reconhecimento jurídico do avanço das relações sociais no ambiente tecnológico da virtualidade.

Não há evolução legislativa exponencial que acompanhe o avanço tecnológico, devendo a hermenêutica preencher os espaços com a concretização dos direitos fundamentais a partir da construção de normas fundamentais atribuídas. As situações problemáticas devem ser colocadas à luz da normatividade e da principiologia constitucional, se elegendo a melhor solução prática que concretize a norma de direito fundamental.

Não havendo norma de direito fundamental expressa, a tarefa da construção de uma norma de decisão cabe à elaboração conceitual de juristas, e a aplicação de decisões judiciais construídas a partir de adaptações a analogias, cujos contornos devem ter por pressuposto a proteção integral à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016. v. 1.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: A era da informação, economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 1999.

CERF, Vinton G. ***Internet Access Is Not a Human Right***. New York, The New York Times, 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html> Acesso em: 06 jan. 2022.

DOBROWOLSKI, Silvio. Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.13, jul. 2006. Disponível em: <<https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DUARTE, Fábio; FIRMINO, Rodrigo. Espaço, visibilidade e tecnologias: (Re)caracterizando a experiência urbana. In: BRUNO, Fernanda; KANASHIRO, Marta; FIRMINO, Rodrigo (Org.). **Vigilância e Visibilidade**: espaço, tecnologia e identificação. São Paulo: Ciber Cultura, 2010.

GRASMICK, Brittany. *Recognizing “Access to Information” as a Basic Human Right: A Necessary Step in Enforcing Human Rights Provisions Within Free Trade Agreements*. **Loyola University Chicago International Law Review**, Chicago, v. 12, n. 2, p. 215-230, 2015. Disponível em: <https://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=lucilr>. Acesso em: 04 fev. 2022.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2010.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. São Paulo: Globo, 2001.

KRANZBERG, Melvin. *The information age: evolution or revolution?*. In: GUILLE, Bruce R. (Org.). **Information Technologies and Social Transformation**. Washington, D.C.: National Academies Press, 1985.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMBERGER, Têmis. Proteção dos dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 17, n. 67, pp. 215-241, jul./set. 2008.

LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. New York: Oxford University Press, 2008.

MCLUHAN, Marshall; POWERS, Bruce R. **The Global Village: Transformations in world life and media in the 21st century**. New York: Oxford University Press, 1986.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROUQUETTE, Michel-Louis. **Ordres et désordres urbains**. Perpignan: Presses Universitaires de Perpignan, 2006.

RUSHKOFF, Douglas. **Coercion: why we listen to what “they” say**. Nova Iorque: Riverhead Books, 1999.

RUSSEL, Stuart; DEWEY, Daniel; TEGMARK, Max. Research priorities for robust and beneficial Artificial Intelligence, **AI Magazine**, [S.l.], v. 36, n. 4, pp. 105-114, 2015.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados, in: SCHERTEL MENDES, Laura; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; BIONI, Bruno. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021.

SOLOVE, Daniel Justin. **Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security**. New Haven: Yale University, 2011.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. New York: Penguin Books, 2009.

VAN DIJK, Jan. **The Network Society**. London: SAGE Publications, 2012.

VENKATADRI, Giridhari; LIU, Y.; ANDREOU, A.; GOGA, O.; LOISEAU, P.; Mislove, A.; GUMMADI, K. P. Privacy Risks with Facebook's PII-based Targeting: Auditing a Data Broker's Advertising Interface. In: **IEEE Symposium on Security and Privacy**, San Francisco, p. 89-107, 2018. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/8418598>
Acesso em: 07 dez. 2021.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos”**

direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-48.

WOODARD, Colin. *Estonia, where being wired is a human right*. [S.l.], The Christian Science Monitor, 2003. Disponível em: <https://www.csmonitor.com/2003/0701/p07s01-woeu.html#:~:text=Monday%2C%20800%2C000%20Estonians%20own%20cellphones,are%20approaching%20West%20European%20levels.&text=In%202000%2C%20the%20parliament%2C%20perhaps,human%20right%20of%20its%20citizenry>. Acesso em: 04 jan. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. New York: PublicAffairs, 2019.

THE ESSENTIAL EVOLUTIONARY DEVELOPMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS APPLICABLE TO THE NEW WORLD OF THE VIRTUAL ENVIRONMENT

ABSTRACT

Society is going through a Technological Revolution with consequences that are still immeasurable. This set of technological phenomena, responsible for establishing new forms of social coexistence, was called the Information Society. Its challenges are numerous and go beyond the legal environment, testing the ability to achieve satisfactory results in the protection of fundamental rights. In Brazil, following international trends, technological acceleration has given new meaning to the new conceptions of the National Order, especially regarding access to information and the right to privacy. The aim of this article is to present the evolutionary construction of rights applicable to the virtual environment.

Keywords: Fundamental rights. Information society. Virtual environment.