

MIDIATIZAÇÃO DA PRIVACIDADE: OS RISCOS DO CLIQUE CONTRATUAL

Jussara Costa Melo

Resumo: O uso da Internet apresenta riscos para o direito à privacidade, que tem proteção prevista nas disposições constitucionais e na legislação infraconstitucional no Brasil que são a base para a celebração de contratos. Se por um lado as disposições contratuais sobre privacidade visam atrair o consumidor a efetuar transações online reputando-as seguras, por outro lado, a proteção é precária e reclama solução na via da educação dos usuários para o uso da tecnologia em uma comunicação que esconde as motivações próprias da sociedade tecnológica onde a informação é mercadoria.

Palavras-chave: Comunicação. Privacidade. Democracia. Tecnologia. Internet. Contrato. Informação. Educação.

Introdução

A filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho deu origem a uma escola do direito denominada de Direito Achado na Rua na qual o intento é atribuir propriamente Direito ao que emerge de sua fonte material - o povo – e de seu protagonismo a partir da rua – evidente metáfora da esfera pública (SOUSA JUNIOR, 2011).

Em sua teoria da democracia deliberativa Habermas descreve a esfera pública como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 1997, p. 92).

Embora a Internet não seja a rigor uma esfera pública, a sua condição de espaço de interação já a coloca em um patamar de espaço democrático potencial. Neste sentido, a participação democrática e a própria esfera pública como instância do agir comunicativo não podem mais prescindir do acesso à Internet. A uma porque a comunicação está cada vez mais inseparável dos meios tecnológicos e da tecnologia e a outra porque, embora não se possa dizer de modo determinístico que o acesso à Internet resulte no aprimoramento dos canais da democracia representativa, é fato que este acesso é uma condição para existir nos espaços de discussão - todo mundo fala e faz igual, todos fotografam, todos fazem cinema, todos produzem e consomem informação.

A rua onde o povo se manifesta hoje é uma rua tecnológica e o uso que se faz desta rua pode dar origem a novos direitos ou a novas formas de proteção de direitos já positivados no Ordenamento Jurídico.¹

¹ Constituição Federal, Art 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O uso indevido de informações privadas tem sido associado à discussão pública sobre o impacto cultural da tecnologia, uma vez que dados pessoais na sociedade capitalista são tratados como mercadoria.

A interação via máquina, pela intervenção da máquina, produz riscos, riscos para a subjetividade, para os direitos da personalidade. Somos seres temporais e espaciais, mas no mundo virtual essas categorias não existem e se não temos a referência do espaço e do tempo navegamos em uma rua cibernética onde opera a desorganização e o exercício do Poder. (CHAUÍ, 2010)

A privacidade é um direito já protegido pela Ordem Jurídica e que adquiriu com a interação no mundo virtual uma maior visibilidade. Trata-se de um direito da personalidade. Em conjunto com outros direitos, os direitos da personalidade integram o rol de direitos e garantias fundamentais. Esses direitos existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. O direito existe antes do Estado e o Ordenamento Jurídico existe em função do homem em sociedade. (BITTAR, 1978)

Se por um lado não há lacuna no direito na direção da proteção do direito à privacidade, por outro lado há um descolamento entre as urgências e necessidades de acesso e uso da Internet, a extensão dos compromissos decorrentes da adesão aos contratos de uso dos sites e portais públicos ou privados e a educação, formação ou conhecimento das pessoas para empregar ferramentas de proteção.

A preocupação com o cidadão deve transcender as estruturas gerenciais e burocráticas do Estado e concretizar-se em uma regulação que reflita o Estado como instrumento de ação coletiva, resultado de uma construção política. Neste contexto os riscos e soluções para a proteção do direito à privacidade estão sendo discutidos e estudados pelos pesquisadores daquilo que tem sido denominado de democracia digital.

Este artigo apresenta algumas respostas provisórias para a contradição entre a proteção oferecida pelas empresas e a capacidade dos usuários de fruírem dessa proteção nas hipóteses de violação do direito à privacidade. Este artigo está dividido em três seções. A primeira descreve os parâmetros normativos do direito à privacidade e os associa à comunicação. A segunda explora o caráter de mercadoria atribuído à informação na sociedade da informação. A terceira aborda os riscos do contrato como instrumento de concretização da decisão do usuário de compartilhar suas informações pessoais no acesso a sites e portais.

Privacidade e Comunicação

Nesta seção o artigo descreve o que é o direito à privacidade no sistema normativo brasileiro, associando o conceito de privacidade ao conceito de comunicação para estabelecer a importância da intersubjetividade na comunicação.

Pessoa é termo no direito que designa aquele que é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. A Pessoa pode ser pessoa física ou pessoa jurídica. Ambas possuem direitos que incluem os direitos da personalidade. Esses direitos são a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso X dispõe que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis. A tais direitos o art. 5º, X, da

Constituição da República confere o atributo de invioláveis protegendo-os com o direito a indenização pelo dano material ou moral que possa advir de sua violação.

Os direitos da personalidade são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis. Absolutos, porque oponíveis contra todos; irrenunciáveis, porque vinculados à pessoa de seu titular que deles não pode abdicar; intransmissíveis, porque inválida toda tentativa de sua cessão a outrem e imprescritíveis, porque sempre poderá o titular invocá-los, mesmo que os deixe de utilizar por longo período de tempo.²

Aqui tratamos os direitos da personalidade de modo amplo como direito à privacidade, tomado pelo direito constitucional como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, se a isso poder ser legalmente sujeito.” (AFONSO DA SILVA, 2007: p.206) Esta mesma doutrina constitucional esclarece que o direito à privacidade foi identificado no ano de 1873 pelo Juiz americano Cooley como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. O *Right of Privacy*, segundo a Corte Suprema dos Estados Unidos da América compreende o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada.

A expressão *Right to be alone*, diante da quantidade de interações que ocorre no ciberespaço toca a comunicação na perspectiva epistemológica, isto porque a comunicação é a ruptura do isolamento, mas é também a intenção de promover isolamento. Decido quando quero interagir e quando quero isolar-me.

Martino apresenta a etimologia da palavra *communicatio* (munis-estar encarregado de; co, simultaneidade e tio, ideia de atividade) fazendo referência à origem do termo na prática de mosteiros cenobitas de reunir-se para tomar a refeição de noite em comum, do que resulta ruptura do isolamento, de onde se deduz que o termo comunicação indica a relação onde elementos se destacam de um fundo de isolamento e a intenção de promover isolamento e a ideia de realização comum. Comunicar não é comungar. A palavra comum, em comunicação não significa semelhança, pois o fato de duas coisas terem as mesmas propriedades não é suficiente para caracterizar uma relação comunicativa, que requer alteridade, um pano de fundo de diferenças, um início, um meio, um fim, diferentemente de identidade e comunhão, que exprimem efeitos psicológicos de longa duração e difícil demarcação.

Na comunicação ocorre o que Martino denomina de intersubjetividade (fusão de consciências individuais), uma interpenetração recíproca de partes. Sem interação não há comunicação (um livro na estante não é comunicação), do que se deduz que a mensagem (o conteúdo do livro) só existe no ato da comunicação, isto é, quando o livro for lido. Em um exemplo o texto permite compreender a distinção entre “mensagem” e “informação”: É o ato comunicacional que reúne emissor e receptor. Deste modo, um disquete pode conter informação, mas a mensagem não estará disponível ao receptor se ele não tiver os instrumentos necessários para a decodificar. A informação por si só não precisa ser comunicação sendo definido por Martino como o rastro que uma consciência deixa sobre um suporte material de modo que uma outra consciência possa então simular o estado em que se encontrava a primeira consciência, inclusive porque, informar é dar forma e a forma se dá a um suporte material (tinta no papel, ondas de rádio etc.).

² Lei 10.406/2002, de 10/01/2002: Artigos 11 a 21.

É possível, portanto, dizer que a informação é a comunicação estocada. O suporte material exprime uma possibilidade de comunicação, até porque a comunicação requer uma relação de espaço e tempo admitindo uma defasagem entre os processos de codificação e decodificação, que nos remete novamente à intersubjetividade, no sentido de que o termo informação refere-se ao modo pelo qual emissor e receptor informam suas subjetividades. Não há comunicação sem informação.

A interação com outra pessoa, seja presencial ou virtual expõe as subjetividades e gera para o outro uma participação naquilo que compartilho. Essa participação não é ilimitada porque projeto o que sou quando me comunico, revelo uma personalidade moral.

A análise de Martino nos coloca diante da informação como comunicação estocada e é exatamente aqui que a perspectiva do direito à privacidade entra em relação com a hegemonia da Internet. O ciberespaço não é apenas o espaço da intersubjetividade mas é, também, um local de trocas mercantis e não mercantis e, em ambas, a informação é mercadoria. Há um estoque de informação que está sendo formado.

A constante exposição ao risco e a necessidade de exposição ao risco alcança a todos os cidadãos, mas nem todos possuem as ferramentas necessárias à sua defesa e ainda assim aqueles que as possuem e podem suportar o desgaste de tempo e financeiro da ida ao Judiciário, se deparam com a hegemonia da Internet, acerca da qual adverte Zizek:

[...] O que eu digo é que pensamos na Internet como um espaço público e aberto, mas ela não é isso. É um espaço privado. [...] E isso sempre estará vinculado a alguma empresa. É uma falsa ilusão de espaço público. É mais ou menos como um shopping: é público, mas existe exclusão. O espaço é controlado por uma empresa, está dentro de uma cúpula, controlado. [...] Tudo é permitido, mas nem tanto. Recentemente, na China, eles proibiram na TV histórias que tivessem viagens no tempo e realidades alternativas. A explicação oficial é que a história é uma coisa muito séria para ser submetida a esse tipo de ficção. Na verdade, eles têm medo de que as pessoas possam simplesmente pensar que a realidade poderia ser diferente. Aqui não temos esse tipo de controle, mas existem áreas onde não é possível pensar em realidades diferentes. (...) Nós achamos que quase tudo é possível na tecnologia. Viajar pelo espaço, clonar, fazer crescer órgãos, usar células-tronco. Mas, na economia, se você propuser qualquer alternativa, eles dizem: Não! É impossível. Você não pode nem pensar nisso. Até a esquerda aceita que a receita liberal, do jeito que é, está certa. (ZIZEK, 2011):

Informação como Mercadoria

Nesta seção o artigo aborda a informação como mercadoria na sociedade tecnológica onde a Internet é um espaço hegemônico onde a subjetividade alcança valor de uso alvo do interesse econômico das grandes corporações. Segundo Dantas, para que ocorra informação haverá sempre necessidade de interação (ou comunicação) entre um sujeito e um objeto, ou sujeito a sujeito. O sujeito extrai um sentido do objeto. Qualquer que seja a sua forma (e, no meio humano, a informação adquire altíssimo grau de diversidade e complexidade), ela sempre resulta de interação e somente se dá na interação. A informação não é imaterial. Não será nem atributo do objeto, nem do agente, mas será sempre uma relação entre ambos. No caso da apropriação da informação pelo capital, a aptidão do trabalhador para perceber e compreender os sinais e lhes conferir novos significados resulta em ações de transformação da matéria prima. Essa aptidão é justamente aquilo que Marx definia como o valor de uso do trabalho. No processo de trabalho, esta “subjetividade” é introduzida na matéria “morta”,

revolvendo-a, modificando-a, transformando-a em algo novo e necessário ao consumo ou usufruto humano. Por isto, essa “subjetividade”, por si só, cria valor (DANTAS, 2003).

Os antigos objetos técnicos ensinava Chauí, ampliavam a força física humana (máquina a vapor) e os novos objetos técnicos ampliam as forças intelectuais e o conhecimento produzido passa a ser alvo da ação monopolística das grandes corporações. (CHAUÍ, 2010) Na Sociedade da Informação as habilidades mentais, a criatividade, a inovação e os serviços agruparam-se em um novo paradigma, onde nem a subjetividade daquele que cria nem o mercado como agente da inovação tecnológica estão isolados. A série de eventos tecnológicos e tecnologias, aliadas à velocidade do fluxo de informações tem fundamentado novas formas de organização e de produção em escala mundial:

“Não é gratuito que a sociedade atual passa a receber diversas denominações, de acordo com o tipo de preocupação e paradigma teórico com a qual é analisada: ‘sociedade da informação’, ‘sociedade global da informação’, ‘sociedade pós-industrial’, ‘sociedade em rede’, entre outras, com a finalidade de designar a centralidade que a comunicação e a informação, baseadas no desenvolvimento tecnológico, assumem na vida cotidiana tornando-se responsável por conectar e desconectar indivíduos, grupos, regiões e países em um fluxo contínuo de decisões estratégicas.” (SPENILLO, 2008, p. 67 apud OLIVEIRA, 2002, p.58)

Ferreira aponta que a sociedade da informação traz novas responsabilidades para todos os atores sociais nela inseridos: (i) no âmbito do mercado, o acesso à informação visa a geração de vantagem competitiva sobre a concorrência, descoberta de novos nichos de consumidores; pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e serviços, bem como o monitoramento do ambiente externo, a fim de identificar ameaças e/ou novas oportunidades de negócios para as empresas que o compõem; (ii) no campo do Estado, o acesso à informação tem por finalidade a manutenção da sua soberania. Nessa direção, o uso desse recurso é orientado no sentido de coordenar a complexidade social no que se refere à ordem, por intermédio de suas instituições legislativas, executivas e judiciárias e (iii) para a sociedade civil, o acesso à informação tem como propósito desenvolver o potencial criativo e intelectual dos indivíduos; entreter; dar sentido às ações dos homens no cotidiano; tornar públicas as proposições políticas e decisões que, tomadas na esfera do Estado, têm reflexos diretos sobre a qualidade de vida das populações. E, de um modo geral, permitir o exercício da cidadania. (FERREIRA, 2003)

A informação como mercadoria em um processo veloz de trocas, de intersubjetividades coloca um novo paradigma de produção de conhecimento e de valor. Admite Castells que sem empresários inovadores a revolução da tecnologia da informação talvez não tivesse produzido tecnologias flexíveis e descentralizadas que estão se difundindo por todas as esferas da atividade humana e que de fato, as novas tecnologias da informação prosperam, segundo ele, pela interface entre a macropesquisa, grandes mercados desenvolvidos pelos governos e a criatividade tecnológica. (CASTELLS, 2009, p.107).

Dagnino também aponta que aquilo que estamos acostumados a chamar de ciência e tecnologia são coisas que a contemporaneidade torna cada vez mais inseparáveis. Até mesmo os limites das atividades que as originam se têm tornado quase indistinguíveis. (DAGNINO, 2008, p.25). Castells destaca os aspectos centrais do novo paradigma tecnológico que define como a base material da Sociedade da Informação:

Quadro 1: Paradigmas Tecnológicos da Sociedade da Informação.

Informação é matéria prima	Tecnologias para agir sobre a informação e não informação para agir sobre tecnologia
Penetrabilidade dos Efeitos das Novas Tecnologias	O meio tecnológico molda todos os aspectos da existência individual e coletiva porque a informação é uma parte integral de toda atividade humana
Lógica de Redes (morfologia, topologia)	A lógica de redes parece adaptada à complexidade de interação e os modelos imprevisíveis derivados da interação. O não-deve ser preservado porque é a força motriz da inovação na atividade humana
Flexibilidade, Fluidez organizacional	Processos, organizações e instituições são reversíveis e podem ser modificadas. Inversão de regras sem a destruição da organização que pode ser reprogramada e reaparelhada. Aspecto pode ser libertador mas também repressivo.
Convergência de Tecnologias Específicas para um Sistema Altamente Integrado	As trajetórias tecnológicas antigas ficam literalmente impossíveis de se distinguir em separado. Microeletrônica, telecomunicações, optoeletrônica, e computadores estão todos integrados nos sistemas de informação e a transmissão de dados será a forma de comunicação predominante e universal.

Fonte: CASTELLS, 1999.

A dimensão social da revolução da tecnologia da informação é associada por Castells com a lei proposta por Kranzberg, segundo a qual a tecnologia não é boa e nem ruim e também não é neutra, para afirmar que o seu uso na esfera da ação social é uma questão mais de investigação do que de destino. Neste aspecto é possível, então dizer, que a visão de Castells converge com a visão de Feenberg acerca da tecnologia como um processo de construção de significados e valores.

Kofi Annan no discurso de abertura da Cúpula da Sociedade da Informação, proferido em 2003, forneceu um panorama dos desafios desses tempos de transição.³ Um desses desafios é a proteção do direito à privacidade.

Como agir contra a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, impedindo o acesso a informações sobre a privacidade e a divulgação de informações sobre esta área da manifestação existencial no mundo virtual onde a informação tornou-se mercadoria? Aqui surge o espaço para controles mais democráticos a que se refere a Teoria Crítica da Tecnologia de Andrew Feenberg. (FEENBERG, apud NEDER, 2013).

A Internet é um produto da tecnologia. Segundo Carvalho o conhecimento da história de uma tecnologia é fator fundamental para o seu pleno domínio, porque uma tecnologia não pode ser pensada em termos estritamente técnicos, as redes, como a Internet, não são apenas redes de computadores, mas são, também, redes sociotécnicas onde não há uma resposta pré-determinada para a prevalência de uma ou de outra tecnologia. (CARVALHO, 2005)

A Internet abriu espaço para novas funções, novos empregos, novas necessidades, novos significados, que permitem trocas que vão além das transações comerciais, configurando novos padrões de sociabilidade. As novas tecnologias podem ser espaço para a democracia digital, mas podem, também, sustentar formas extremas de centralização de

³ Fonte: Centro de Informação das Nações Unidas em Portugal. Discurso de abertura da Cúpula em 10 de dezembro de 2003 proferido pelo Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan. Disponível em: http://www.nossosaopaulo.com.br/Reg_SP/Barra_Escolha/ONU_SociedadeDaInformacao.htm. Acessado em 20/05/2012.

poder. Para Maia, a disputa entre empresas e provedores no controle desses meios e a venda de serviços e produtos num mundo virtual rápido, quase sem fronteiras pode fortalecer a expansão de grupos de orientação antidemocrática sendo preciso levar em consideração que, para fortalecer a democracia, são necessárias não apenas estruturas comunicacionais eficientes, mas também devem estar presentes a motivação correta, o interesse e a disponibilidade dos próprios cidadãos para se engajar em debates. (MAIA, 2001)

Salter relata que grande parte do discurso sobre o potencial democrático da Internet tende a simplificar a questão da tecnologia. Os interesses democráticos são referidos como capazes de influenciar a Internet e essa discussão encontra-se na base da proposta do filósofo da tecnologia Andrew Feenberg na medida em que o conceito de formas de uso se relaciona com a ideia de que as tecnologias são desenvolvidas para um propósito específico, mas frequentemente as tecnologias são, também, utilizadas por meio de formas não planejadas. (SALTER, 2004)

Um exemplo disso foi a seleção para a pós-graduação em nível de mestrado para o primeiro período do ano de 2014 na Faculdade de Educação na Universidade de Brasília. A pessoa que efetuou o pagamento da inscrição no caixa eletrônico do banco não conseguia fazer com que o seu recibo fosse aceito no sistema de inscrição para a seleção porque o pagamento teria que ter sido feito via web dentro do sistema da Faculdade de Educação. Como consequência, algumas pessoas não tiveram suas inscrições homologadas, embora tivessem cumprido os passos necessários – parte no analógico (pagamento presencial no banco) e parte no digital (envio do boleto físico). Que controle teria o usuário se não poderia apresentar o seu recibo em formato pdf? Posteriormente, provavelmente por força de interação com os usuários, a Faculdade de Educação prorrogou o prazo para aceitação de documentos por força da questão técnica envolvida. Esta não é propriamente um exemplo de privacidade, mas de controle sobre um sistema que é maior que a pessoa.⁴

O sistema normativo prescreve a proteção, mas será este sistema suficiente diante da relação hegemônica que a Internet concretiza? Não há de um lado um grande Estado transnacional que faça a proteção global do direito à privacidade, mas há de outro lado grandes corporações globais que se apropriam da massa de informações e da subjetividade das pessoas utilizando-se legalmente do consentimento das próprias pessoas na via contratual.

Não estamos aqui tratando apenas das grandes figuras públicas, mas da formação e uso de uma massa de informações e de dados armazenados com autorização contratual das pessoas e que serve ou servirá a interesses políticos, ideológicos e comerciais.

Privacidade e Contrato

Nesta seção o artigo aborda os riscos do contrato como instrumento de concretização da decisão do usuário de compartilhar suas informações pessoais no acesso a sites e portais e apresenta alguns parâmetros extraídos de análise de discurso de disposições contratuais utilizadas por portais e sites de grandes corporações em estudo feito por dois pesquisadores estrangeiros.

⁴ Informe publicado no site da Faculdade de Educação: “**Atenção:** Considerando as dificuldades de pagamento da taxa de inscrição no Banco do Brasil, o Programa de Pós-Graduação em Educação apresenta o Edital N. 11/2013: prorrogação do prazo para inscrições e novo cronograma para o processo de seleção de candidatos às vagas do PPGE para os cursos de mestrado acadêmico e de doutorado para o primeiro período letivo de 2014” Disponível em <http://www.fe.unb.br/ppge/selecao/mestrado-academico-e-doutorado>. Acesso em 16/06/2014.

Ser deixado tranquilo e ter o exclusivo controle de sua privacidade nas trocas estabelecidas via Internet acaba por se tornar uma empreitada para especialistas e não para o cidadão comum, impondo um aprimoramento no nível do interacionismo sociotécnico:

“Chamo de interacionismo o movimento entre a ação social do sujeito social na comunidade em busca de responder às necessidades de resolução de problemas, e a ação técnica do sujeito especialista. O primeiro não entende a linguagem, métodos, lógica ou psicologia do sujeito técnico, mas é capaz de estabelecer com ele uma empatia sociotécnica diante do objetivo de resolverem juntos um mesmo problema. Tão ou mais importante que a resolução do problema é o interacionismo, o qual vive da relação contraditória entre interacionismo pedagógico, e o sociotécnico.” (NEDER, 2013)

A decisão é constitutiva do direito à privacidade. A pessoa detém o direito à privacidade e pode decidir em dado momento manter sua privacidade sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições isso pode ocorrer. O foco é a capacidade decisória. O ato de contratar é, também, um momento de decisão que pressupõe o exercício livre da vontade.

O uso da Internet apresenta ao indivíduo uma série de momentos de decisão nos quais um clique concretiza uma relação contratual de uso e consumo dos serviços prestados pela corporação detentora do site, do portal que acessa. O contrato é o espaço onde o usuário define como quer que aquilo que projeta no processo comunicacional na Internet seja utilizado pelo outro.

A carta política é o contrato fundante, na qual a decisão política fundamental foi a de proteger contra a violação o direito à privacidade. No direito brasileiro o contrato tem na lei o seu esteio.⁵ O código penal vigente tributou coerência à proteção prevista na Lei Fundamental pois em seu artigo 153 tipifica como crime a divulgação de segredo:

Divulgação de segredo

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Mas as relações mediadas pelas tecnologias produzem relações contratuais nas urgências do acesso à rede. O clique transforma o indivíduo em parte contratante e este é um momento sensível que é assim retratado por Marques:

⁵ A história registra no auge da ditadura, a presença no sistema normativo do Decreto-lei 1.004, de 21/10/1969, já revogado, disposição que protegia a violação da intimidade: Art 161. Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não forem pronunciados publicamente. Pena - detenção, até um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem divulga os fatos captados.

“A fragilidade do consumidor manifesta-se com maior destaque em três momentos principais de sua existência no mercado: antes, durante e após a contratação. É, portanto, com os olhos voltados para o iter contratual do consumidor que o legislador e os órgãos de implementação atuam. Em outras palavras: toda a vulnerabilidade do consumidor decorre direta ou indiretamente, do empreendimento contratual e toda a proteção é ofertada na direção do contrato. Daí a importância que assume a matéria contratual no amplo círculo de proteção do consumidor”. (MARQUES, 1999, p.10)

Esta é a desorganização. O contrato que deveria proteger por seu caráter bilateral, consensual, sinalagmático transforma-se em um instrumento de heterogeneidade de lealdades. O que já era ameaçador, com as redes de rádio e televisão que ultrapassavam fronteiras nacionais, tornou-se exponencialmente mais intrusivo e de difícil controle para governos, com a informática, a Internet e a convergência das mídias. (SATHLER, 2005, p.1)

O paradoxo é que os cidadãos são hipossuficientes no controle das informações sobre si mesmos e aqui a interação entre o sujeito social e o sujeito especialista pode resultar em soluções que sejam boas para ambas as partes e acrescentem ao sujeito social informação e conhecimento necessário a uma navegação segura. O processo de busca de soluções é um processo de aprendizagem – o sócio-interacionismo pedagógico.

Em Vygotsky a aprendizagem ocorre no intervalo entre o conhecimento real e o conhecimento potencial. Para definir o conhecimento real, Vygotsky sugere que se avalie o que o sujeito é capaz de fazer sozinho e o potencial, aquilo que ele consegue fazer com ajuda de outro sujeito. O usuário precisa aprender o que é a navegação segura e como pode empregar as ferramentas de proteção de sua privacidade.

O governo brasileiro reconheceu a informação oficialmente como um recurso estratégico e propulsor do desenvolvimento no Programa Sociedade da Informação que visa a promover o uso das novas tecnologias de comunicação na esfera social, estatal e privada. De maneira mais precisa, enquanto o Estado pretende acabar com o analfabetismo digital, condição necessária para a inserção do cidadão na sociedade virtual em rede, muitos brasileiros ainda permanecem à parte da produção e da compreensão da palavra escrita, a qual soa mais como um privilégio de poucos, do que como um direito de todo o cidadão. Do ponto de vista tecnológico, a dificuldade para a construção de uma sociedade da informação brasileira não é menos tênue que o problema do analfabetismo. Para muitos trabalhadores assalariados, o computador e a Internet ainda são categorizados como bens de luxo. A democratização da informática é, portanto, um meio para um fim maior, dado que os recursos computacionais e telemáticos são apenas ferramentas que podem potencializar a disseminação da informação, ao eliminar velhas barreiras espaciais e temporais que limitavam o fluxo informacional entre sociedades até a segunda metade do século XX. (FERREIRA, 2003)

No que concerne à privacidade, a experiência contratual brasileira mais presente na mente da maior parte dos cidadãos são as disposições sobre sigilo das telecomunicações que lhe são apresentadas nos contratos celebrados com as operadoras de serviços de telecomunicações.

Na era digital esse processo, inclusive a própria contratação ganhou uma fluidez perigosa. Tudo está no lugar e nada está no lugar. É um mundo do não-lugar. Uma sequência de *bits*, grosso modo, nos permite viver uma supermodernidade marcada pela existência do “não-lugar”, expressão que aqui é tomada do trabalho de Augé para quem os não-lugares são

a medida de uma época que se caracteriza pelo excesso factual, superabundância espacial e individualização das referências (AUGÉ, 2010).

Contrata-se via web, recebe-se o contrato via web, mas quando se busca a indenização ou a responsabilização por danos à privacidade a fluidez desaparece e a relação contratual virtual adquire uma concretude, por assim dizer - um aspecto analógico que requer a presença física em instâncias mediadoras judiciais ou extrajudiciais. Raramente as soluções de controvérsias sobre privacidade são solucionadas nos serviços de atendimento ao cliente.

Raramente a reparação se dá com a fluidez com que a contratação ocorreu. Ao cidadão restaria não contratar, isto é, não utilizar os serviços e isto na Internet se assemelha ao dilema do prisioneiro:⁶

A expressão *dilema do prisioneiro* deriva de uma estória que era utilizada para ilustrá-la: Dois cúmplices são interrogados separadamente pela polícia. Apesar de serem considerados culpados de um crime grave (digamos, um latrocínio), a polícia não possui provas suficientes para indiciar qualquer dos dois. Têm, porém, provas para indiciá-los por um crime menor (porte de armas). As alternativas à disposição dos suspeitos A e B são: confessar [estratégia (1)], ou não confessar o crime mais grave [estratégia (2)]. Separados, não podem comunicar-se. Os resultados de tal estratégia são os seguintes: se ambos confessarem (1), terão sentenças pesadas, mas redutíveis devido a confissão, às quais atribuiremos o valor (-5); se um deles confessar, testemunhando contra o cúmplice, este terá sua pena agravada (-10) e o informante será libertado (4- 10). Se nenhum confessar, ambos só poderão ser condenados pelo crime menor (-2), valores estes obviamente arbitrários, e cuja significação é apenas relativa, de uns aos outros. (EPSTEIN, 2004)

O dilema do prisioneiro tem a ver com comunicação e confiança conforme expõe Epstein: Trata-se de um jogo de soma diferente de zero. Se os dois jogadores escolhem suas estratégias ótimas, um deles ganha menos do que se ambos tivessem escolhido uma estratégia não-ótima. Estratégia ótima significa a maximização da utilidade por parte de cada participante. Quando a comunicação é impossível, a estrutura do jogo denominado dilema do prisioneiro conduz a um paradoxo, pois a racionalidade egoísta, quando exercida por cada um dos participantes, conduz a um desastre para ambos. Isto é, as estratégias cooperativas resultam em maior capacidade de sobrevivência do que as estratégias predatórias. (EPSTEIN, 2004)

O desafio no que diz respeito à proteção à privacidade é estabelecer comunicação e compromissos que tornem real a proteção assegurada na Ordem Jurídica e firmada na via do contrato. O que se dá no estabelecimento desta relação contratual via web é que a corporação informa como protegerá a privacidade do usuário, mas esta informação ou este contrato não traduz no limite uma livre escolha. É a exposição ao risco e a necessidade do risco que determina o clique contratual.

A garantia de que as informações individuais não serão utilizadas e nem armazenadas é relativa diante da velocidade com que as relações comerciais ocorrem. Adverte Zizek que a Internet é, também, um espaço de hegemonia: (ZIZEK, 2011):

⁶ http://www.aartedepensar.com/leit_axelrod.html

[...] O que eu digo é que pensamos na Internet como um espaço público e aberto, mas ela não é isso. É um espaço privado. [...] E isso sempre estará vinculado a alguma empresa. É uma falsa ilusão de espaço público. É mais ou menos como um shopping: é público, mas existe exclusão. O espaço é controlado por uma empresa, está dentro de uma cúpula, controlado. [...] Tudo é permitido, mas nem tanto. Recentemente, na China, eles proibiram na TV histórias que tivessem viagens no tempo e realidades alternativas. A explicação oficial é que a história é uma coisa muito séria para ser submetida a esse tipo de ficção. Na verdade, eles têm medo de que as pessoas possam simplesmente pensar que a realidade poderia ser diferente. Aqui não temos esse tipo de controle, mas existem áreas onde não é possível pensar em realidades diferentes. (...) Nós achamos que quase tudo é possível na tecnologia. Viajar pelo espaço, clonar, fazer crescer órgãos, usar células-tronco. Mas, na economia, se você propuser qualquer alternativa, eles dizem: Não! É impossível. Você não pode nem pensar nisso. Até a esquerda aceita que a receita liberal, do jeito que é, está certa.

A questão do controle das informações pelos usuários é crucial porque a maioria não tem a capacidade para empregar as ferramentas e métodos de proteção de privacidade. Fernback e Papacharissi abordam a questão da crescente preocupação com a privacidade agravada pela difusão das tecnologias da informação e apresentam um estudo das disposições contratuais sobre privacidade adotadas por grandes corporações, para determinar sua eficácia.

O estudo detectou que as disposições dos sites sobre privacidade são, na verdade, salvaguardas para as empresas. Os sites normalmente informam como pretendem usar as informações dos usuários, mas a finalidade é isentar as empresas de responsabilidades na hipótese de reclamações de usuários.

No que diz respeito ao controle do usuário sobre a informação que presta ou recebe, o estudo detectou que apenas 10% dos usuários sabem modificar seus *browsers* para rejeitar *cookies* e apenas 5% empregam *softwares* de anonimato para proteger a identidade de seus computadores e ainda, 24% fornece informações pessoais falsas para evitar a revelação da informação.

O estudo efetuado adotou como método a análise de discurso porque entenderam os autores que em última instância a questão é uma questão de *policy* e para verificar o nível de proteção à privacidade, a linguagem adotada nas disposições sobre privacidade é uma chave importante.

Observou-se que as disposições sobre privacidade são codificadas como retórica para estabelecer a relação de consumo. Basicamente a análise de discurso, buscou saber como a empresa assegura a privacidade, quais são suas práticas para isso e como o consumidor se posiciona em relação à privacidade.

O estudo escolheu portais que considerou como diretórios gerais de informação que além de conterem informações e as coletarem, oferecem uma série de serviços. Um dos portais escolhidos orientava-se para notícias. O outro para pesquisa, como buscador. Outro para entretenimento e o último para a troca de informações. Esses portais por representarem a variedade de transações online permitiram uma visão geral do comportamento típico de navegação *online*.

O primeiro portal escolhido assegura proteção da privacidade e assume que o leitor entende de computação e é astuto, conhecedor das leis. Por isso as informações sobre a coleta de informações feita pelo site não são fornecidas. O consumidor deve fazer uma escolha entre

conveniência e a privacidade. A retórica é protetiva do consumidor, mas os procedimentos de controle da informação pessoal pelo consumidor não permitem que ele escolha sua auto-proteção. Suas disposições sobre privacidade levantam mais questões do que respostas porque nelas, a responsabilidade por aprender sobre privacidade online é do consumidor.

O segundo portal escolhido assegura a proteção da privacidade do consumidor e ainda que não irá revelar informações individuais, mas sua linguagem pressupõe que o consumidor compreende e tem formação para compreender toda a gama de condições de adesão ao portal. A responsabilidade do portal termina, de acordo com as disposições de privacidade, quando o consumidor sai do site. Embora a linguagem construa uma um senso de confiança, não fornece ferramentas reais de proteção ao usuário. É uma honestidade vaga.

O terceiro portal escolhido contém disposições simples, mas não distingue entre o que pode ser identificado como informação pessoal ou não, embora assegure que coletar tais informações é aceitável porque o propósito é prover o melhor serviço.

O quarto portal objeto do estudo contém disposições que asseguram privacidade em geral. Admitem que a proteção da privacidade é limitada a informações pessoais e afirma que informações pessoais não são coletadas. A consequência é o que o site não se responsabiliza pela revelação de informações já que não as coleta.

. O estudo não teve como propósito a generalização dos achados. A pretensão era compreender como os usuários interpretam as disposições sobre privacidade e apontar como o discurso dessas disposições se conecta às práticas socioculturais.

Para as empresas, segundo o estudo, a proteção à privacidade vai eliminar negócios potenciais e a liberdade de prestar serviços de alta qualidade.

Ao final, concluíram os pesquisadores que se por um lado as disposições contratuais sobre privacidade visam atrair o consumidor a efetuar transações *on line* reputando-as seguras, por outro lado, essa alegada segurança tem como destinatário os reguladores que acabam por serem convencidos de que não é necessária qualquer regulação.

Conclusão

O direito à privacidade tem proteção prevista nas disposições constitucionais e na legislação infraconstitucional no Brasil que são a base para o estabelecimento das relações contratuais. Mas a previsão normativa e os termos de uso dos sites e portais acessados constantemente não tem sido suficientes para tornar efetiva a proteção porque a relação entre usuários e detentores dos portais e sites é uma relação de Poder, de uma comunicação unilateral que esconde as motivações comerciais e ideológicas em parágrafos e textos escorregadios.

O tráfego no ciberespaço impõe riscos ao usuário. A rua cibernética é repleta de pontos de decisão nos quais o usuário tem colocado sua privacidade à disposição das grandes corporações. A preocupação com a massa de informações que tem sido armazenada está presente – a comunicação estocada é uma ameaça latente à privacidade.

Os usuários precisariam assumir um protagonismo o que requer uma interação mais qualificada no uso da tecnologia, na reivindicação de regras, textos e procedimentos técnicos

mais claros. Isso passa pelo interacionismo pedagógico de Vygotsky, de uma educação para o uso da tecnologia, que no limite inclui educação para a cidadania que permitisse um clique contratual que levasse a soluções de empoderamento dos usuários e a controles mais democráticos no uso da tecnologia.

O que se pode dizer é que ler o contrato é um primeiro passo e outro é requerer das instâncias judiciais providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário ao direito à privacidade. O empoderamento dos usuários passa, então, pelo acesso à Justiça, afinal direito à privacidade não é privilégio da figura pública: Em uma sala de alfabetização de adultos, perguntou-se a uma senhora a razão pela qual ela gostaria de aprender a ler. Disse ela: “Quero aprender a ler porque quero ter os meus próprios segredos.” Em sentido reverso é o que se passa com a caixa-preta da Internet.

Referências

AUGÉ, Marc. Não Lugares. **Introdução a Uma Antropologia da Supermodernidade**. 8ª Ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 2010. 110p

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade e o Projeto de Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 15 n.60 out/dez 1978. Pp-103-127.

CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. **A Trajetória da Internet no Brasil: Do Surgimento das Redes de Computadores à Instituição dos Mecanismos de Governança**. Dissertação de Mestrado em Ciências de Engenharia de Sistemas de Computação da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Professor Henrique Cukierman. Rio de Janeiro. Setembro de 2006. COPPE/UFRJ. 239p

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V.1., p.108-113

CHAVES, Antonio. Direito à Própria Imagem. **Revista de informação legislativa**, v.9, nº 34, p. 23-42, abr./jun. de 1972 | Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.67, p. 45-75 de 1972

DAGNINO, Renato, **Neutralidade da Ciência e Determinismo Tecnológico**. São Paulo: Ed. Unicamp, 2008, 338p.

DANTAS, Marcos. **A Lógica do Capital-Informação**. A Fragmentação dos Monopólios e a Monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Contraponto. 1996.159p.

ECO, Humberto. **A Internet é a Revolução do Século**. Entrevista ao Libération publicada em 10/01/2000 acessada em 27/10/2011 e disponível na biblioteca da Folha de São Paulo no seguinte endereço: <http://biblioteca.folha.com.br/1/02/2000011001.html>

EPSTEIN, Isaac. **O dilema do Prisioneiro e a Ética**. Revista de Estudos Avançados 9 (23) 1995, pp.149-163. Disponível em: www.revistas.usp.br/eav/article/download/8852/10404. Acesso em 16/06/2014

FERNBACK, Jan; PAPACHARISSI, Zizi. Online privacy as legal safeguard: the relationship among consumer, online portal, and privacy policies. **New Media & Society**, 9(5), p. 715–734, 2007.

FERREIRA, Rubens da Silva. A sociedade da informação no Brasil: um ensaio sobre os desafios do Estado. **Ci. Inf.** [online]. 2003, vol.32, n.1, pp. 36-41. ISSN 0100-1965. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19652003000100004>.

HABERMAS, Jürgen. **O Papel da Sociedade Civil e da Esfera Pública Política, In: Direito e Democracia**. Entre Facticidade e Validade. Vol. II, Tradução Flávio Beno Siebeneichler - UGF. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. 398p

MAIA, Rousiely C.M. **Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximando as condições do discurso e da deliberação**. Congresso Internacional "Internet, Democracia e Bens públicos" - FAFICH/UFGM - 6 a 9 de novembro de 2000. Versão reformulada.. Disponível em: <http://vsites.unb.br/fac/comunicacaoepolitica/Rousiley2001.pdf>

MARQUES. Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 668p.

MARTINO, Luiz C. **De Qual Comunicação Estamos Falando?**, in A. Hohlfeldt; L. Martino; V. França (orgs.) – Teorias da Comunicação. Vozes. Petrópolis, 2001, pp-12-15.

MELO, Jussara C. **Estudo Empírico Sobre a Proposta do Serviço de Comunicações Digitais – SCD**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Comunicação PPG/FAC da Universidade de Brasília. Brasília, junho 2012. 140p. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/11414>

NEDER, Ricardo Toledo. **A Teoria Crítica de Andrew Feenberg: Racionalização Democrática, Poder e Tecnologia**. Brasília: Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina/CDS/UnB/Capes, 2010. 344p

NEDER, Ricardo T. (org.) CTS. **Ciência Tecnologia Sociedade e a Produção do Conhecimento na Universidade**. Brasília. Observatório do Movimento pela Tecnologia Social na América Latina/CDS/UnB/Capes, 1ª ed. 2013. 374p. ISSN 2175-2478

PANITCHPAKDI, Supachai. Ricos contra Pobres. In: Veja. **Revista Semanal de Informações**. São Paulo : Editora Abril. Edição de 20 de novembro de 2002, pp-11-15.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Discurso sobre a Economia Política**. Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo. Hemus, 1981. 190p.

RUDIGER, Francisco. **As Teorias da Comunicação**. Porto Alegre: Artmed, 2011. 152p.

SALTER, Lee. Structure and Forms of Use. A contribution to understanding the ‘effects’ of the Internet on deliberative democracy Information, **Communication & Society** Vol. 7, No. 2, June 2004, pp. 185–206 ISSN 1369-118X print/ISSN 1468-4462 online © 2004 Taylor & Francis Ltd <http://www.tandf.co.uk/journals> DOI: 10.1080/1369118042000232648

SATHLER, Luciano. **Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação WSIS: Desafios da Governança Global para a Sociedade Civil**. In. Anuário Unesco/Metodista de

Comunicação Regional, ano 9, n. 9, p. 37-48, São Bernardo do Campo, SP: UMESP, 2005.
Disponível em:

http://www.lucianosathler.pro.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=55&Itemid=34. Acesso em 14/02/2012

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 923p.

SPENILLO, Giuseppa Maria Daniel. **Direito à comunicação: uma formulação contemporânea de exigências de mudanças nas estruturas coletivas de comunicação e informação**. Contribuições para uma análise sociogenesiológica e configuracional da articulação CRIS Brasil f.255. Rio de Janeiro, Tese (doutorado) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, 2008. Bibliografia f.237-241CDU 302.2 S744d T. Orientadora: Prof.Dra. Leonilde Servolo de Medeiros.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Direito Como Liberdade. **O Direito Achado na Rua**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.231p

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil**: Livro Verde. Ministério da Ciência e Tecnologia, Brasília, 2000, ISBN 85-88063-01-8. 195p, disponível em http://www.miniwebcursos.com.br/cursos_antigos/conhecendo_ead/botoes/modulos/modulo_4/Artigos/livroverde.pdf

ZIZEK, Slavoj. **A Liberdade da Internet é Falsa**, Revista Época, edição de 30 de maio de 2011, páginas 166-167.