



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A guarda de registros no Marco Civil da Internet: constitucionalidade?

Pedro Henriques Salles Ribeiro

Rio de Janeiro
2016

PEDRO HENRIQUES SALLES RIBEIRO

A guarda de registros no Marco Civil da Internet: constitucionalidade?

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2016

A GUARDA DE REGISTROS NO MARCO CIVIL DA INTERNET: CONSTITUCIONALIDADE?

Pedro Henriques Salles Ribeiro

Graduado pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogado.

Resumo: A Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) inovou no ordenamento jurídico ao prever, em seus artigos 13 e 15, o dever de guarda de registros de conexão e acesso a aplicações de Internet. A polêmica previsão legal não só autoriza como impõe a coleta e o armazenamento generalizado de dados dos usuários da Internet – repercutindo de maneira significativa sobre diversos direitos fundamentais, em especial aqueles ligados à privacidade. Nesse contexto, busca o presente trabalho escrutinar a previsão legal sobre a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet, analisando-a à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a concluir se, afinal, tal previsão encontra albergue na ordem constitucional brasileira.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Privacidade. Proporcionalidade. Razoabilidade. Marco Civil da Internet. Guarda de registros.

Sumário: Introdução. 1. A Guarda de registros na Lei n. 12.965/2014. 2. Repercussão sobre direitos fundamentais. 3. A guarda de registros de conexão e acesso a aplicativos: análise de constitucionalidade à luz da proporcionalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Internet consolidou-se, no século XXI, como uma das mais importantes e presentes ferramentas postas à disposição do homem na sociedade contemporânea. Atento a tal contexto, o legislador brasileiro buscou preencher uma lacuna até então existente em nosso ordenamento jurídico, trazendo, com a Lei n. 12.965/14, sancionada em 23/04/2014, o Marco Civil da Internet. Trata-se do primeiro diploma legal brasileiro inteiramente voltado à regulamentação do uso da Internet.

O presente trabalho tem por escopo a análise dos artigos 13 e 15 do Marco Civil da Internet, os quais trazem a previsão de obrigatoriedade de guarda de registros de conexão e de

acesso a aplicações de Internet. Detendo-se sobre a disciplina dada à guarda de dados pela Lei n. 12.965/14, indaga-se: seriam constitucionais as previsões legais contidas nos mencionados artigos 13 e 15?

A fim de oferecer uma resposta satisfatória ao questionamento proposto, busca-se, no primeiro capítulo deste trabalho, definir o conceito e os limites da guarda de registros de conexão e de acesso no contexto do Marco Civil da Internet, analisando o regramento conferido aos dados pessoais de usuários pela Lei n. 12.965/14.

Em seguida, propõe-se um exame dos impactos advindos das previsões constantes nos artigos 13 e 15 da Lei n. 12.965/14 e sua repercussão sobre os direitos fundamentais, indagando-se de que forma são estes afetados pelo dever de guarda de dados imposto pelo Marco Civil.

Por fim, dedica-se o último capítulo deste trabalho à questão da constitucionalidade propriamente dita, submetendo o conteúdo dos artigos 13 e 15 ao crivo do princípio da proporcionalidade, analisando sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para tanto, o presente trabalho seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva-qualitativa e parcialmente exploratória, já que tem como fontes de pesquisa principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. A GUARDA DE REGISTROS NA LEI N. 12.965/14

A Lei n. 12.965/14¹, sancionada em 23/04/2014, intitulada Marco Civil da Internet, foi editada com o escopo de preencher a lacuna até então existente em nosso ordenamento jurídico no tocante à regulamentação do uso da Internet.

¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

Dentre os tantos e relevantes temas tratados pelo Marco Civil da Internet, destaca-se o dever de guarda de dados pessoais, disciplinado pelos artigos 13² e 15³ da Lei n. 12.965/14.

Com efeito, buscou o legislador impor a determinados personagens o dever de guarda de registros específicos, com o escopo de permitir uma repressão mais eficaz a ilícitos de natureza civil e penal, possibilitando a identificação do infrator.

O artigo 13 da Lei n. 12.965/14 cuida dos registros de conexão, estabelecendo o dever de guarda, pelo administrador do sistema autônomo respectivo, pelo prazo de um ano.

O artigo 15 do mesmo diploma legal, por sua vez, trata dos registros de acesso a aplicações da internet, impondo ao provedor de aplicações de internet, constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, o dever de guarda pelo prazo de seis meses.

O próprio texto legal ocupou-se em definir o que seriam registros de conexão e registros de acesso a aplicações de internet, conceitos extraídos do artigo 5º da Lei n. 12.965/14⁴:

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.”

³ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”

⁴ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)”

Tem-se, assim, que o registro de conexão não armazena dados sobre o conteúdo acessado na internet, mas tão somente informações referentes à data e hora de início de término de uma conexão, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.

O registro de acesso a aplicações de internet, por sua vez, diz respeito a um conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP, do que se extrai que, mediante tal registro, é possível identificar o conteúdo (aplicação) acessado.

De todo modo, “somente através da combinação dos dois tipos de registro é possível identificar o autor de determinada ação praticada na internet”⁵.

É preciso destacar que, relativamente ao registro de dados de acesso a aplicações de internet, a Lei n. 12.965/14 só impôs o dever de guarda às pessoas jurídicas que exerçam essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos. É dizer: eventual provedor de aplicação de internet não constituído sob a forma de pessoa jurídica, ou, ainda, que não exerça atividade organizada, profissional e com finalidade econômica, estará fora do escopo de abrangência da lei, escapando ao dever de armazenar registros de acesso a aplicações.

Saliente-se, ainda, que a Lei n. 12.965/14 expressamente vedou a guarda de registro de acesso a aplicações de internet na provisão de conexão, onerosa ou gratuita⁶.

Ao prever o dever de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações, o Marco Civil da Internet refere à necessidade de que tais dados sejam mantidos “sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança”⁷, nos termos do regulamento, ainda pendente de edição.

⁵ CABELLO, Marcos Antonio Assumpção. Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 712.

⁶ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.”

⁷ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. Artigos 13 e 15.

De fato, embora imponha a obrigação de armazenamento de registros, preocupou-se a lei, atenta aos seus princípios norteadores⁸, em preservar a privacidade do usuário de internet e a proteção de seus dados pessoais.

Assim é que somente mediante prévia autorização judicial poderá o requerente-interessado ter disponibilizado os registros a que aludem os artigos 13⁹ e 15¹⁰ da Lei n. 12.965/14.

Tratando especificamente da requisição judicial de registros, dispôs o Marco Civil da Internet que, para fins de formação de conjunto probatório em processo cível ou penal, poderá a parte interessada, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet¹¹.

Para tanto, determina a Lei n. 12.965/14 que, sem prejuízo dos demais requisitos legais, deve o requerimento em questão apresentar os fundados indícios da ocorrência do ilícito, acompanhado de justificativa motivada acerca da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória e, ainda, discriminando o período ao qual se referem os registros cuja disponibilização se pretende. Ausentes um ou mais dos requisitos mencionados, deverá o juiz inadmitir o requerimento formulado.

O formalismo exigido pelo Marco Civil da Internet se justifica dentro da própria ótica protetiva à privacidade e ao sigilo de dados de que se imbui tal diploma legal. A imposição de apresentação de fundados indícios da ocorrência do ilícito e de justificativa

⁸ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; [...]”

⁹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. (...) § 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.”

¹⁰ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. (...) § 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.”

¹¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.”

motivada no tocante à utilidade de tais dados para fins probatórios são cautelas que buscam evitar a divulgação desnecessária e improfícua dos registros¹².

Deferida a ordem de fornecimento dos registros, no entanto, caberá ao juiz adotar as medidas necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário¹³, podendo, para tanto, determinar o segredo de justiça do processo ou especificamente dos dados fornecidos¹⁴.

Em que pese o aparente zelo do legislador ao disciplinar a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, de modo a preservar ao máximo a privacidade e o sigilo de dados do usuário, não escapam as previsões contidas nos artigos 13 e 15 do Marco Civil da Internet de colidir frontalmente com alguns direitos fundamentais básicos, como o direito à inviolabilidade da vida privada, a liberdade de expressão e a presunção de inocência, como se verá a seguir.

2. REPERCUSSÃO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O dever de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet imposto pela Lei n. 12.965/14 acaba por, inevitavelmente, repercutir sobre alguns direitos fundamentais garantidos pela Carta Constitucional de 1988.

O impacto mais frontal e evidente talvez seja aquele relacionado aos direitos afeitos à privacidade do indivíduo.

¹² CABELLO, op. cit., p. 721.

¹³ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

¹⁴ CABELLO, op. cit., p. 720.

Com efeito, estabelece a Constituição¹⁵, em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas¹⁶. Tal dispositivo, de maneira geral, consagrada o direito à privacidade, este entendido como “todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”¹⁷.

A privacidade, nesse contexto, assume a acepção de um “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, sem a isso poder ser legalmente sujeito”¹⁸.

A Constituição optou por distinguir, nos termos de seu artigo 5º, inciso X, a “intimidade” da “vida privada”. A intimidade consistiria, nas palavras de René Ariel Dotti, na “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”¹⁹. Traduz-se, pois, na prerrogativa do indivíduo de excluir do conhecimento de terceiros determinados aspectos que se refiram à pessoa mesma²⁰. “Vida privada”, por sua vez, é conceito mais abrangente, podendo ser entendido como “conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida”²¹.

A proteção constitucional da intimidade e da vida privada, destaca José Afonso da Silva, também se verifica na inviolabilidade do domicílio, no sigilo de correspondências e dados e no segredo profissional²².

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2016.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹⁷ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

¹⁸ PEREIRA apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206.

¹⁹ DOTTI apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 207.

²⁰ Ibid., p. 207.

²¹ Ibid., p. 208.

²² DA SILVA, op. cit., p. 207.

Relevante, no contexto do Marco Civil da Internet e do dever de guarda de registros, é o disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição. Tal dispositivo cuida exatamente da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas²³, reforçando, como ressaltado por José Afonso da Silva, a tutela constitucional sobre os diversos aspectos da intimidade e da vida privada das pessoas.

A tutela assegurada pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição tem natureza dúplice, afeita, de um lado, à liberdade de manifestação de pensamento, ao passo que, de outro, protege também o segredo, este entendido como expressão do direito à intimidade²⁴.

É certo que a Constituição não faz, de maneira expressa, nenhuma referência à transmissão de dados e comunicações realizadas pela internet. E, por óbvio, não poderia mesmo fazê-lo, considerando o tempo histórico de promulgação. Não se pode ignorar, todavia, a abrangência da tutela conferida pela Carta Constitucional à privacidade, em seus diferentes aspectos e desdobramentos.

Note-se que o citado artigo 5º, inciso XII da Constituição refere expressamente à inviolabilidade do sigilo de “dados”, termo abrangente que permite concluir, sem maiores dúvidas, pela incidência tutela constitucional da privacidade também no âmbito da internet.

De se notar, ainda, que a inviolabilidade referida no artigo 5, inciso XII da Carta Constitucional somente pode ser afastada por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Parece evidente, nesse contexto, que a imposição de guarda prévia de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, nos termos da Lei n. 12.965/14, se mostra em rota de colisão com as proteções conferidas pelo artigo 5º, X e XII da Constituição.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

²⁴ GRINOVER apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.p. 438.

De fato, embora o artigo 5º, inciso XII da Constituição permita, como visto, seja afastada a inviolabilidade de dados pessoais mediante ordem judicial, e para fins de investigação criminal, tal permissivo não parece ter o condão de autorizar o armazenamento prévio e massivo de dados pessoais, a fim de que possam, futura e eventualmente, vir a ser acessados em decorrência de ordem judicial.

É dizer: a leitura do citado dispositivo constitucional parece apontar para o afastamento da inviolabilidade de dados sempre em momento imediatamente posterior à ordem judicial, jamais em momento prévio a esta.

Nesse sentido, o dever de guarda e armazenamento prévio de dados pessoais, consistentes em registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, por força de lei – e não de ordem judicial – já consistiria, por si só, em afronta ao texto constitucional e à proteção que este pretendeu conferir a dados e informações de caráter privado do indivíduo.

Desse contexto exsurge, ainda, a possível violação ao princípio da presunção de inocência.

A garantia de presunção de inocência encontra previsão no artigo 5º, inciso LVII da Constituição²⁵, o qual plasma a ideia de que ninguém deve sofrer sanção sem culpa²⁶.

Da garantia à presunção de inocência constante do artigo 5º, inciso LVII da Constituição, conjugada com a necessidade de ordem judicial para o afastamento do sigilo de comunicações e dados, para fins de instrução criminal, a que alude o artigo 5º, inciso XII da Constituição, decorre uma conclusão lógica: somente em havendo fundada suspeita da prática de crime, reconhecida em decisão judicial, poderá se dar a quebra do sigilo de comunicação e dados de um indivíduo.

De fato, se a presunção imposta pela Constituição é sempre de inocência, nos moldes de seu artigo 5º, inciso LVII, somente se justificará o afastamento da inviolabilidade do sigilo

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]”

²⁶ DA SILVA, José Afonso. op. cit., p. 441.

de dados e comunicações quando demonstrada, judicialmente, a existência de fundada suspeita de cometimento de crime, o que pressupõe a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade.

Aqui jaz, pois, a crítica ao disposto na Lei n. 12.965/14, no tocante à presunção de inocência: ao impor a coleta e a retenção massiva de dados pessoais e de navegação de todos os usuários de internet, sem prévia demonstração de qualquer suspeita de cometimento de ilícito penal que lhes recaia, o Marco Civil da Internet promove verdadeira presunção de culpabilidade, em flagrante oposição ao disposto no texto Constitucional.

É dizer: ainda que não pare sobre o usuário de internet nenhuma suspeita de cometimento de crime, seus dados pessoais e de navegação já estarão retidos e sob guarda, na forma dos artigos 13²⁷ e 15²⁸ da Lei n. 12.965/14. Tal retenção de dados se dará por força de disposição legal, prescindindo-se da ordem judicial a que alude o artigo 5º, XII da Constituição²⁹.

Inverte-se, assim, a lógica das disposições constantes do artigo 5º, incisos XII e LVII da Constituição, estabelecendo-se vigilância em massa, para fins de persecução penal, sobre dados invioláveis de indivíduos cuja inocência é presumida, nos termos do texto constitucional.

²⁷ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.”

²⁸ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

Por fim, há que se destacar a repercussão do dever de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet sobre a liberdade de acesso à informação, constitucionalmente garantida nos termos do artigo 5º, inciso XIV da Carta de 1988³⁰.

Leciona José Afonso da Silva, citando Albino Greco, que por “informação” entende-se “o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e a do direito de ser informado”³¹.

A liberdade de informação, nesse sentido, compreenderia “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”³².

A liberdade de acesso à informação, portanto, deve ser ampla, respeitados os limites impostos pela Constituição, sendo vedada, fora de tais limites, a imposições de óbices ao acesso e à difusão de informações e ideias.

A guarda de registro de conexão e aplicações de internet, nesse contexto, representa desestímulo ao amplo acesso à informação. É possível que a certeza da vigilância imposta pela Lei n. 12.965/14, na forma de seus artigos 13 e 15, traduza-se em constrangimento, ao usuário de internet, no acesso a determinados conteúdos de caráter informacional ou cultural.

Trata-se, por certo, de repercussão negativa e indesejável, sobretudo quando se tem em vista todo o potencial da internet na promoção da cultura e do acesso à informação.

Como se vê, as disposições a respeito da guarda de registros de conexão e aplicações de internet impactam, direta ou indiretamente, e de forma mais ou menos significativa, diversos direitos e liberdades constitucionalmente asseguradas.

Nesse contexto, indaga-se: seriam tais disposições compatíveis com a Constituição?

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]”

³¹ DA SILVA, José Afonso. op. cit., p. 245.

³² Ibid., p. 246.

3. A GUARDA DE REGISTROS DE CONEXÃO E ACESSO A APLICATIVOS: ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE.

Como visto, as disposições da Lei n. 12.965/14, no tocante à obrigatoriedade de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, repercutem significativamente sobre alguns direitos fundamentais – notadamente no que tange à inviolabilidade do sigilo de dados e comunicações (art. 5º, inciso XII da Constituição)³³.

Parece relevante indagar, nesse contexto, se o dever de guarda de registros imposto pela Lei n. 12.965/14 encontra, à luz do princípio razoabilidade e da proporcionalidade, amparo no texto constitucional brasileiro.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade são conceitos que, em linhas gerais, mantêm relação de fungibilidade³⁴.

Em verdade, a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial relevância no direito norte-americano, onde se desenvolveu a doutrina do devido processo legal substantivo³⁵. A noção de devido processo legal foi consagrada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição norte-americana, servindo de rico fundamento para a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos³⁶.

Pontua Luís Roberto Barroso que, no direito norte-americano, o devido processo legal substantivo (*substantive due process*³⁷) se tornou “fundamento de um criativo exercício

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

³⁵ Idem, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

³⁶ Ibid., p. 256.

³⁷ Idem, op. cit., 2009, p. 225.

de jurisdição constitucional”³⁸ e um “importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental”³⁹.

É da ideia de *substantive due process* que se extrai a noção de razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*) das normas, abrindo espaço para o exame de mérito dos atos do Poder Público⁴⁰.

Destaca Luis Roberto Barroso que a cláusula do *substantive due process*

[...] enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes essas condições poder-se-á admitir a limitação a algum direito individual.

O princípio da razoabilidade, assim, constitui, no direito norte-americano, desdobramento da ideia de devido processo legal substantivo, servindo como critério de exame da constitucionalidade de leis. Trata-se de princípio cultivado dentro do sistema da *common law*, baseado em precedentes sucessivos, desenvolvido sem preocupação com formulações doutrinárias sistemáticas⁴¹.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, está associado ao sistema jurídico alemão. Caracteriza-se por seu desenvolvimento dogmático mais analítico e sistematizado, próprio de suas raízes romano-germânicas⁴², sendo conceito cuja evolução se deu no âmbito do direito administrativo, como ferramenta de controle de atos do Poder Executivo⁴³ – embora encontre aplicabilidade, também, no controle de atos do Poder Legislativo.

De fato, em matéria de excesso de poder legislativo como manifestação de inconstitucionalidade, leciona Gilmar Ferreira Medes que a observância do princípio da proporcionalidade implica em “aferir a compatibilidade da lei com os fins

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibid., p. 225-226.

⁴¹ Idem, op. cit., 2009, p. 257.

⁴² Ibid., p. 258.

⁴³ Ibidem.

constitucionalmente previstos”, procedendo-se à “censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo”⁴⁴.

Em que pese a origem diversa, com evolução em sistemas jurídicos distintos e abordagem dogmática diferenciada, afirma Luís Roberto Barroso que tanto o princípio da proporcionalidade quanto o princípio da razoabilidade “abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”⁴⁵. Por tal razão, como já salientado, considera o autor que razoabilidade e proporcionalidade são conceitos intercambiáveis⁴⁶.

Com efeito, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que permitem o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público⁴⁷. Por meio de sua aplicação, busca-se conferir à norma a interpretação que melhor realiza o seu fim constitucional⁴⁸.

Embora não estejam expressos na Constituição brasileira, decorrem das ideias de devido processo legal substantivo e de justiça⁴⁹, encontrando ampla utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Feitas tais considerações, revela-se adequada, para fins de análise da constitucionalidade do disposto nos arts. 13 e 15 da Lei n. 12.965/14, a utilização do princípio da proporcionalidade na forma fixada pela dogmática alemã.

De acordo com a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade se desmembra em três subprincípios (ou postulados, como prefere Alexy⁵⁰): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵¹.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

⁴⁵ BARROSO, op. cit., 2009, p. 258

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 363.

A adequação traduz-se na “idoneidade da medida para produzir o resultado visado”⁵². É dizer: o meio empregado deve ser adequado a persecução do fim desejado⁵³, sobre pena de violação à razoabilidade⁵⁴.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, impõe o exame quanto à existência de meio menos gravoso para a persecução da finalidade almejada⁵⁵. O meio não será considerado necessário se um mais suave ou menos restritivo estiver disponível⁵⁶.

Por fim, fala-se no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que implica em ponderação entre “o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima”⁵⁷.

Esclarece ALEXY⁵⁹ que

[...] a legitimação de uma restrição há de ser respondida mediante ponderação. O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. (...) O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Fixadas tais balizas, torna-se possível o exame de proporcionalidade das disposições dos artigos. 13⁶⁰ e 15⁶¹ da Lei n. 12.965/14.

⁵⁰ ALEXY apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

⁵¹ BARROSO, op. cit., 2009, p. 259.

⁵² Ibid., p. 260.

⁵³ ALEXY apud MENDES, op. cit., p. 42.

⁵⁴ BARROSO, op. cit., p. 260.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ ALEXY apud MENDES, op. cit., p. 42.

⁵⁷ BARROSO, op. cit., p. 260.

⁵⁸ Exemplifica Luis Roberto Barroso: “Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência.” BARROSO, op. cit., p. 260.

⁵⁹ ALEXY apud MENDES, op. cit., p. 42.

⁶⁰ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.”

⁶¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins

Ora, a guarda obrigatória de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet é medida adequada a alcançar a finalidade almejada pela lei, qual seja, o combate a ilícitos de natureza cível e penal⁶², praticados no âmbito ou por meio da internet?

A resposta deve ser positiva. Não há como se negar que, de fato, a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos possibilitará resposta mais eficaz e célere a prática de ilícitos, fornecendo substrato probatório relevante a eventuais demandas judiciais.

É, todavia, medida necessária?

Como já assinalado, a necessidade implica a análise de existência de meio menos gravoso na busca pelo fim desejado⁶³. Nesse sentido, indaga-se: haveria meio menos gravoso para a repressão a ilícitos praticados por meio da internet?

A resposta, aqui, tende a ser negativa. De fato, a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos, tal qual disciplinada pelos artigos 13 e 15 da Lei n. 12.965/14, não logra ultrapassar o exame de proporcionalidade à luz do subprincípio da necessidade.

Com efeito, há que se concluir que medidas outras, mais suaves e menos intrusivas à privacidade dos usuários poderiam ser adotadas, sem que tal prejudicasse o combate a ilícitos praticados no âmbito da internet.

A guarda de dados de conexão e acesso a aplicativos, de forma generalizada e apriorística, tal qual disposto na Lei n. 12.965/14, é medida de significativa gravidade, que impacta em diversos direitos fundamentais do usuário – em especial os direitos de privacidade⁶⁴.

Por certo, medidas outras poderiam alcançar a mesma finalidade. Veja-se, a título exemplificativo, que a coleta e quebra de sigilo de dados de forma individualizada e

econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”

⁶² BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. “Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.”

⁶³ BARROSO, op. cit., p. 260.

⁶⁴ DA SILVA op. cit., p. 206.

específica⁶⁵, após investigação prévia – que reunisse, minimamente, elementos indiciários de autoria e materialidade –, seria igualmente apta a constituir conjunto probatório idôneo, possibilitando resposta judicial adequada e eficaz ao ilícito praticado.

Ainda que, por hipótese, se admita, para fins de análise de proporcionalidade, que a guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos de internet é medida necessária, não seria possível superar o critério da proporcionalidade em sentido estrito.

De fato, em exercício de ponderação^{66 67}, há que se concluir pela evidente desproporcionalidade da medida instituída pelos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14.

Como já ressaltado, a guarda generalizada de dados de usuários de internet é medida extremamente gravosa. E, embora não se negue a relevância do combate ao cometimento de ilícitos no âmbito da internet, é certo que o sacrifício em potencial da privacidade de todos os usuários, com armazenamento de seus dados de conexão e de acesso a aplicativos pelas pessoas indicadas nos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14, configura medida manifestamente desproporcional em sentido estrito.

O que se nota, portanto, é que as disposições constantes dos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14, referentes à guarda de dados de usuários de internet, fracassam quando submetidas ao crivo do princípio da proporcionalidade – em especial no que tange aos critérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

⁶⁵ Sempre após ordem judicial fundamentada, conforme disposto no 5º, inciso XII da Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”

⁶⁶ “Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais (ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional).” BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

⁶⁷ “Simplificadamente, é possível descrever a estrutura da ponderação como um processo em três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. (...) Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades. (...) Na terceira fase – a fase da decisão – se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa.” BARCELLOS, op. cit., p. 57-58.

E, em se tratando de lei restritiva de direito fundamental, a qual viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, impõe-se reconhecer a inconstitucionalidade dos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14.

CONCLUSÃO

A obrigatoriedade de guarda de registros de conexão e de acesso a aplicativos de internet, instituída pela Lei n. 12.965/14, teve por escopo facilitar a prevenção e a repressão de ilícitos civis e criminais praticados no âmbito da internet, fornecendo substrato probatório a eventuais demandas judiciais.

Não se pode ignorar, todavia, que tal inovação legal acaba por colidir e repercutir sobre diversos direitos fundamentais: acesso à informação, presunção de inocência e, notadamente, direitos relacionados à privacidade – como a inviolabilidade de dados.

Nesse contexto, o presente artigo pretendeu investigar se as disposições constantes dos artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14 se mostrariam constitucionais, em uma análise à luz da razoabilidade e da proporcionalidade.

Submetendo-se os referidos artigos ao exame do Princípio da Proporcionalidade – composto pelos sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – concluiu-se que a obrigatoriedade de guarda de registros de dados instituída pela Lei 12.965/14, nos termos dos artigos 13 e 15, é medida que não se mostra necessária e proporcional em sentido estrito.

O que se tem, portanto, é uma previsão legal restritiva de direito fundamental, a qual viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Tal constatação indica que os citados artigos 13 e 15 da Lei 12.965/14 padecem de vício de inconstitucionalidade substancial, tendo

o legislador ordinário excedido os limites do poder de conformação que lhe é conferido pela Constituição.

REFERÊNCIA

ALEXY apud. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 14 out. 2015.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DOTTI apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRINOVER apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA apud DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.