

Maurício Tamer

DIREITO DIGITAL

COORDENAÇÃO:
Marcelo Hugo da Rocha

 EDITORA
RIDEEL
Quem tem Rideel tem mais.



DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Marileide Solange Zuquieri Tamer e Wilson Tamer, exemplos.

À Nathalia Corrêa Leiser, inspiração e compreensão, e a todos que, assim como eles, trazem apoio, compreensão, incentivo e paz incondicionais.

SOBRE O AUTOR

Maurício Tamer

Advogado no Machado Meyer Advogados. Doutor em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (2021). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (2016). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012). Coordenador e professor de cursos de pós-graduação e graduação. Membro da Comissão de Microempresas e *Startups* do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

Instagram: @mauriciotamer

Contatos: mauriciotamer@gmail.com

e mtamer@machadomeyer.com.br

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE RIDEEL FLIX

Qual é o primeiro livro em que todo aluno de Direito investe quando ingressa na faculdade? Provavelmente num *Vade Mecum*.

Mas além dele, qual seria o outro ou os outros títulos? É difícil dizer, porque são tantas disciplinas e professores durante o curso, que talvez a afinidade com eles leve a direcionar os estudos ao próximo livro a ser adquirido.

Há alguns obstáculos, no entanto, que nossos alunos e leitores reclamam quando desejam montar a própria biblioteca. Preço, linguagem, didática e praticidade são alguns deles. A partir de nossa experiência em sala de aula e no mercado editorial, construímos uma série para ser a primeira coleção que todo aluno de Direito gostaria de ter nas suas prateleiras.

A Série Rideel Flix traz as principais disciplinas da graduação do Direito, bem como aquelas que mais são presentes em editais de concursos públicos e para o Exame da OAB. Com uma linguagem objetiva e direta, além da didática de sala de aula dos autores, todos professores renomados, apresenta os conceitos de forma clara e entendível, tudo o que o acadêmico gostaria de ter.

Sem dar muitos *spoilers*, o texto é complementado com esquemas e quadros para facilitar a compreensão e fixar o conteúdo. É uma coleção moderna, com uma diagramação diferenciada e um formato leve, atendendo ao estudante de Direito e a todos aqueles que desejam aprender mais sobre esta ciência. Ademais, são 50 anos de experiência da Editora Rideel que validam a qualidade desta série.

Marcelo Hugo da Rocha
Coordenador | @profmarcelohugo

NOTA DO AUTOR

É com felicidade que entregamos este texto para essa coleção inovadora e de já reconhecido sucesso. Tentamos aqui, se é que isso é possível, agregar conhecimentos ao rol de livros de renomados autores com a matéria de Direito Digital. Espera-se que esse desiderato seja atingido.

Com o presente trabalho esperamos atender ao desafio de integrar com as expectativas à completude e à curiosidade que o tema da tecnologia da informação demanda em associação às estruturas jurídicas. Como já se teve oportunidade de dizer, poucos são os temas que colocam o Direito frente a frente com si mesmo, em um verdadeiro divã, com a análise e desenvolvimento dos seus preceitos e dogmas.

O Direito Digital se perfaz no diálogo entre as estruturas jurídicas e as tecnologias da informação, se manifestando diariamente e de forma multifacetária. Os textos normativos são alterados, pautado nos desafios relacionados à busca por uma regulação equilibrada, nem inexistente, nem sufocante. O trabalho hermenêutico é potencializado e se torna cada vez mais necessário. As percepções sociais e da literatura jurídica também são modificadas. Os mecanismos de resolução de conflitos sofrem metamorfoses diárias. Os intérpretes normativos são influenciados em suas posições. Os fatos são alterados e as provas, por consequência, também.

A proposta deste texto, assim, condizente com o propósito da coleção que passa a integrar, é o estudo objetivo dos temas que decorrem desse diálogo. Sua organização é, inclusive, fruto dos trabalhos de organização de cursos por este autor, representando o que este acredita ser uma ordem lógica e aproveitável de conteúdo. Não tem a pretensão de ser um *Manual de Direito Digital*, mas a ideia é similar. Quem sabe um embrião de um projeto futuro?

Deseja-se uma leitura proveitosa e este autor se coloca, desde já, aberto ao diálogo e aprendizado.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	V
SOBRE O AUTOR.....	VII
APRESENTAÇÃO DA SÉRIE RIDEEL FLIX.....	IX
NOTA DO AUTOR	XI
1 ENTENDENDO UM POUCO A NOSSA SOCIEDADE.....	1
1.1 Sociedade da informação ou pós-industrial.....	1
1.2 Quarta revolução industrial.....	3
1.3 Internet e seu funcionamento	6
1.4 <i>Big data</i>	8
1.5 Internet das coisas.....	9
1.6 Inteligência artificial	10
1.7 <i>Blockchain</i>	13
1.8 <i>Startups</i>	18
2 MARCO CIVIL DA INTERNET.....	22
2.1 Fundamentos do uso da internet no Brasil (art. 2 ^ª)	22
2.2 Princípios (art. 3 ^ª).....	26
2.3 Objetivos (art. 4 ^ª).....	30
2.4 Definições (art. 5 ^ª)	31
2.5 Direitos e garantias dos usuários de internet (art. 7 ^ª).....	33
2.6 Proteção dos registros eletrônicos e dados cadastrais (art. 10).....	36
2.7 Aplicabilidade territorial (art. 11).....	38
2.8 Responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e a possibilidade de indisponibilização de conteúdo (arts. 18 a 21).....	39
2.9 Identificação de usuário responsável pela prática de ilícito por meio da internet (art. 22)	42

3	LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LGPD	46
3.1	Objetivo da LGPD (art. 1º).....	46
3.2	Fundamentos da proteção de dados no Brasil (art. 2º).....	52
3.3	Aplicabilidade territorial da lei (art. 3º)	61
3.4	Aplicabilidade material da lei (art. 4º)	64
3.5	Definições (art. 5º)	67
3.6	Princípios (art. 6º).....	80
3.7	Bases legais de tratamento (arts. 7º a 14)	92
3.8	Direitos dos titulares (art. 18).....	103
3.9	Transferência internacional de dados pessoais (arts. 33 e ss.)	106
3.10	Dinâmica de responsabilização (arts. 42 e ss.).....	110
3.11	Incidente de privacidade.....	116
3.12	Segurança e boas práticas de governança em privacidade	121
4	ASPECTOS DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	123
4.1	O Acesso à Justiça e as tecnologias	123
4.2	Provas digitais	127
4.3	ODRs.....	131
4.4	Arbitragem <i>on-line</i>	133
4.5	Questões relacionadas à inteligência artificial e alguns possíveis limites	139
5	CRIMES CIBERNÉTICOS	147
5.1	Breves considerações sobre o Direito Penal e aspectos introdutórios	147
5.2	Alguns dos principais métodos, artefatos ou técnicas	149
5.3	Principais crimes em espécie	151
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	156



1 ENTENDENDO UM POUCO A NOSSA SOCIEDADE

O propósito deste primeiro capítulo que, propositalmente, dá início à obra, é justamente tentar apresentar, de forma bem objetiva, os principais elementos de compreensão da sociedade contemporânea e a partir da qual surgem os focos de discussões jurídicas, incluindo algumas análises sobre as tecnologias da informação mais relevantes.

1.1 Sociedade da informação ou pós-industrial

Falar de sociedade da informação ou da sociedade pós-industrial pode sugerir uma certa redundância no tempo contemporâneo, mas não é. Seu entendimento é condição ou premissa de entendimento de todos – ou de boa maioria – dos fenômenos que experimentados.

Já em 1982, Yoneji Masuda alertava sobre as alterações profundas que nossa sociedade passava e passaria cada vez mais, chamando o período de “Época da Informação”. Sinalizou que nossa espécie humana vivia, como ainda vive, aliás,

um processo de transformação silenciosa da sociedade: o surgimento de uma época da informação, centrada na tecnologia de telecomunicações e informática. Uma ‘Época da Informação’ é o período de tempo em que ocorre uma inovação na tecnologia da informação, em que se torna latente o poder de transformação da sociedade, capaz de acarretar uma expansão da quantidade e da quantidade da informação, e um aumento em larga escala no armazenamento da informação. Essa época da informação, centrada na tecnologia do computador, terá um impacto muito mais decisivo na sociedade humana do que a revolução da ‘energia’, que começou com a



invenção da máquina a vapor. A razão básica disso é que a função fundamenta do computador é substituir e amplificar o trabalho mental humano, enquanto a máquina a vapor teve a função básica de substituir e amplificar o trabalho físico.¹

Objetivamente, assim, o reconhecimento da sociedade da informação é o entendimento de um fenômeno da contemporaneidade com duas características principais e encadeadas logicamente entre si.

A primeira é a existência, há mais de 40 anos e cada vez mais presente e crescente, de tecnologias pautadas no uso dos dados e na informação deles extraídas. Tecnologias que, por isso, permitem o desenvolvimento de novas e diferentes soluções para os negócios e para os mais variados hábitos diários de cada um de nós. A segunda, decorrente dessa primeira, é que, em razão disso, os dados e as informações passaram a ser um dos principais – se não o principal – ativo de mercado. Essa é a essência de conteúdo do que se pode chamar de economia de dados.

A sociedade da informação, assim, em linhas gerais e dentro do que cabe ao presente trabalho, se revela a partir da identificação de um valor específico que lhe dá nome e guia seus passos: a informação.

Vive-se uma sociedade diferente e que se modifica diariamente. As alterações são só acontecem em maior quantidade, como em bem maior frequência e velocidade. Parece ser possível se falar em uma sociedade *beta* marcada por rupturas reiteradas que demandam novas compreensões sociais das respectivas consequências e as res-

1 MASUDA, Yoneji. *A sociedade da informação como sociedade pós-industrial*, trad. Kival Charles Weber e Angela Melim, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982, p. 67. Também sobre o tema ver MATTELART, Armand. *Historia da sociedade da informação*, 2. ed., São Paulo: Loyola, 2002.

1.8 Startups

Outro fenômeno extremamente relevante da sociedade contemporânea são as chamadas *startups*. Este autor trabalha com muitas delas e pode garantir: é uma das atuações jurídicas mais gratificantes! São grupos de pessoas ou empresas em estágio inicial de estruturação, repletas de ideias inovadoras e encantadoras e que, por isso, precisam de um ambiente jurídico amadurecido e dedicado.

Recentemente, foi aprovada a Lei Complementar nº 182/2021 que instituiu o chamado Marco Legal das *Startups* – MLS e do empreendedorismo inovador, conforme seu art. 1º. Além disso, conforme parágrafo único, tal LC “I – estabelece os princípios e as diretrizes para a atuação da administração pública no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II – apresenta medidas de fomento ao ambiente de negócios e ao aumento da oferta de capital para investimento em empreendedorismo inovador; e III – disciplina a licitação e a contratação de soluções inovadoras pela administração pública.”.

A partir desta lei, juridicamente, conforme seu art. 4º,

São enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados. § 1º Para fins de aplicação desta Lei Complementar, são elegíveis para o enquadramento na modalidade de tratamento especial destinada ao fomento de startup o empresário individual, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades empresárias, as sociedades cooperativas e as sociedades simples: I – com receita bruta de até R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) no

direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Em relação aos dados de crianças e adolescentes, a LGPD, também preocupada com o maior risco, quanto aos dados de crianças, exige o consentimento específico no art. 14, § 1º: “§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.”.

3.8 Direitos dos titulares (art. 18)

A regulação da LGPD como um todo tem por objetivo a proteção daqueles que são identificados a partir dos dados pessoais. O art. 18, porém, é ainda mais específico e relaciona direitos que o titular pode exercer junto ao controlador e que, no final de contas, acaba por absorver a regulação que existe ao seu favor.

Os direitos relacionados no art. 18 constituem direitos subjetivos dos titulares de dados pessoais.

O direito objetivo, em linhas gerais, é o conjunto de normas que regulam determinados comportamentos humanos de forma abstrata e genérica. O direito subjetivo, por sua vez, é aquele atribuído a determinados indivíduos, a grupos ou à coletividade, após verificada a correspondência entre fatos ligados a esses sujeitos e as hipóteses dispostas previamente no direito objetivo. Ou seja, o direito objetivo é pressuposto do direito subjetivo que é atribuído a uma pessoa de forma particular (titular do dado pessoal tratado), a qual se enquadra faticamente na situação prevista em lei.

O direito subjetivo pode ser apreendido, então, pelo resultado do alinhamento entre as normas extraídas das regras e princípios que compõe o direito objetivo e as situações de fato que envolvem determinadas pessoas ou determinada coletividade. O direito suje-

tivo é compreendido nesse instante de coincidência ou subsunção²⁴. São direitos, portanto, conferidos aos titulares de dados pessoais a partir do instante em que estão identificados nessa condição, podendo, na sequência, exercê-los. Caso contrário, ausente tal premissa condicionante não tem a pessoa natural direito a ser exercido. É o caso, por exemplo, da pessoa que busca em juízo a reparação contra agente que não trata ou tratava seus dados pessoais.

Quanto às formas de exercício, Os titulares podem exercer seus direitos mediante requisição direta em face do controlador (art. 18, *caput*), sendo muito importante a existência de um canal para tanto (ver item 6 abaixo), junto à ANPD (art. 18, § 1º), pelos organismos de defesa do consumidor (se a relação de consumo estiver presente – art. 18, § 8º) ou diretamente (de forma individual ou pelos mecanismos procedimentais de tutela coletiva – art. 22).

Em relação aos direitos em si, o art. 18 destaca:

- *a confirmação da existência de tratamento* que traduz o direito do titular de saber se os seus dados pessoais são ou não tratados, para qualquer finalidade, pela organização. Sem qualquer justificativa, todo titular tem o direito de meramente confirmar a existência de tratamento de seus dados pessoais, o que decorre, sobretudo, do próprio princípio da transparência (art. 6º, VI);
- *o acesso aos dados pessoais* ou seja, acesso aos dados cuja confirmação de tratamento foi feita. O agente de tratamento, então, deve fornecer os dados e prestar todas as informações pertinentes ao tratamento (finalidade, categorias, origem, uso compartilhados, duração etc. – ver demais arts. sobre transparência e livre acesso), preservados apenas os segredos comerciais e in-

24 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 9. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 41 e 44

4 ASPECTOS DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Tratar do tema da tecnologia da informação associado às estruturas jurídicas postas representa sempre um caminho que desperta a curiosidade e, em nossa opinião, perfaz uma jornada profundamente prazerosa. Poucos são os temas que colocam o Direito frente a frente com si mesmo, promovendo, em analogia, uma verdadeira catarse ou liberação psíquica de suas estruturas. As tecnologias da informação também alteram profundamente a forma como as resoluções dos conflitos sociais se desenvolvem e, na sequência, se procurará trazer os principais aspectos do tema.

4.1 O Acesso à Justiça e as tecnologias

O Acesso à Justiça é construído a partir de dimensões, cada uma delas pensada na promoção de algum ponto de falha ou na relativização de uma barreira à evolução dos meios de resolução de conflito. A primeira relacionada à evolução dos meios de redução de custos dos meios de resolução de conflito, a segunda associada aos direitos transindividuais, a terceira propondo a reunião dos mais diversos modelos de resolução e a quarta pensando na evolução dos próprios profissionais que atuam em tais sistemas.

Endereçando a questão de acordo com o tema da presente obra, o que se propõe, aqui, é o reconhecimento de uma nova dimensão do Acesso à Justiça associada ao uso das tecnologias da informação, seja na automação ou na transformação dos procedimentos de resolução dos conflitos.

O que se propõe é o entendimento de que as tecnologias da informação podem otimizar a forma como as resoluções dos conflitos se desenvolvem. Como colocam Susana Henriques da Costa e João Eberhardt:

5 CRIMES CIBERNÉTICOS

Para fechar este livro e seguindo o seu propósito, serão apresentadas algumas rápidas considerações sobre os crimes cibernéticos de forma objetiva.

5.1 Breves considerações sobre o Direito Penal e aspectos introdutórios

De forma objetiva, é preciso sinalizar que as estruturas de Direito Penal, ao contrário do que as expectativas de ordem prática podem sugerir, não são concebidas para a punição dos indivíduos, mas para limitar o poder de punição do Estado. Isso significa dizer, especialmente, que não se pode esperar que o Direito Penal resolva todos os problemas sociais ou aqueles associados a uma *criminalidade cibernética*.

Essa *limitação do poder de punição do Estado* é construída, sobretudo, pela teoria do crime que vai definir os elementos necessários para configuração do fato como penalmente relevante e, por consequência, digno de aplicação da sanção penal decorrente e, também, prevista em lei.

Dogmaticamente, essa limitação do direito de punir é construída com base nas noções sólidas de legalidade, anterioridade, culpabilidade e intervenção mínima. Ou seja, só é infração penal o fato previsto em lei, com tal previsão antes da sua ocorrência, com os elementos de culpabilidade do agente e a partir da lógica de que as estruturas jurídicas de Direito Penal apenas podem ser utilizadas se o Direito, por suas outras vertentes de responsabilidade, não se mostrou suficiente.

Nesse sentido, também, a partir dos elementos mais aceitos da teoria do crime, pode se dizer que só é punível o fato típico, antijurídico e culpável, ou que, é infração penal, passível de punibilidade

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2013.
- BERGQUIST, Jonatan H. *Blockchain technology and smart contracts: Privacy-preserving tools*. 2017. 62 f. Dissertação (Mestrado). Uppsala Universitet, Uppsala, 2017, p. 11. Disponível em: <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1107612/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 26-9-2021.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2013.
- COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de *Online Dispute Resolution*: um estudo da plataforma consumidor.gov. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos [et al.] [coords]. *Direito, processo e tecnologia*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the law: the rule of code*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado. 9. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- FERRARI, Isabela [coord.] *Justiça digital*, São Paulo: Thomson Reuters, 2020, Edição Kindle.