

COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PELO WHATSAPP E FACEBOOK: A PROIBIÇÃO DO COMISSARIADO DE HAMBURGO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A PRIVACIDADE DO USUÁRIO NO BRASIL PELO MARCO CIVIL DA INTERNET

Flávia Moreira Guimarães Pessoa¹
Rodolfo Pamplona Filho²

Sumario

Introdução. 1. O Direito na sociedade pós industrial e a revolução tecnológica: exposição do problema. 2. A proteção jurídica dos direitos da personalidade. 3. O direito a privacidade no plano internacional e nacional. 4.. A proibição da transferência de dados do Whatsup para o Facebook determinada pela Alemanha. 5. O Marco Civil da Internet e a necessidade de Proteção dos Dados dos Usuários do Whatsapp no Brasil. 6 Considerações Finais. Referencias.

Resumo.

O artigo busca analisar a recente alteração da política de privacidade da rede social Facebook e do aplicativo Whatsapp relativa ao compartilhamento de dados de usuários das duas empresas. Para atingir ao objetivo, analisa a proteção dos direitos da personalidade, em especial o direito a privacidade. Ainda, procede a análise da proibição de compartilhamento determinada pelo Governo Alemão para ao final concluir pela necessidade de que o Estado

¹ Pós Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia .Doutora em Direito Público. Mestre em Direito, Estado e Cidadania. Professora do mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e em Direitos Humanos da UNIT . Juíza do Trabalho do TRT/20ª Região. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 20 Região. Titular da Cadeira n. 3 da Academia Sergipana de Letras Jurídicas

² Professor Titular do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade Salvador e Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UFBA - Universidade Federal da Bahia. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atua no magistério superior desde 1996. Possui diversos artigos publicados em periódicos classificados nacionais e internacionais. Autor, co-autor, organizador e co-organizador de diversos livros técnicos na área de Direito e em outras áreas de Ciências Humanas e Sociais, além de poesia e obras musicais. Orientador de teses de Doutorado, dissertações de Mestrado, monografias de final de curso de graduação em Direito (TCC) e bolsas de iniciação científica. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (tendo exercido sua Presidência, Vice-Presidência, Secretaria Geral e Coordenação Regional da Bahia, sendo, atualmente, Presidente Honorário da instituição), Academia de Letras Jurídicas da Bahia (atualmente, exercendo a sua Secretaria Geral, a qual já exerceu por duas gestões anteriores), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Apresentador do Talk-Show "Papeando com Pamplona", produzido pelo CERSTV. Poeta. Músico. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Juiz do Trabalho concursado, com posse e exercício em 10/07/1995, sendo, atualmente, titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, desde junho/2015.

Brasileiro adote medidas no sentido de proibir o compartilhamento de informações de usuários do aplicativo whatsapp com o facebook.

Palavras chave: Direito a Privacidade, Compartilhamento de informações, Direitos de personalidade

Abstract

The paper analyzes the recent change in the privacy policy of social network Facebook and Whatsapp application on the user data sharing of both companies. To achieve the goal, analyzes the protection of dirietos personality, in particular the right to privacy. Also carries out analysis of the share of ban given by the German government to the end conclude the need for the state to adopt measures to prohibit the sharing application user information whatsapp with facebook.

Keywords: Right to Privacy, Information Sharing, Personality Rights

Introdução

O presente artigo analisa a recente alteração da política de compartilhamento de informações entre o aplicativo Whatsapp e a rede social Facebook e suas conseqüências no campo da privaciade do usuáiro.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo divide-se em cinco partes. Na primeira analisa-se o Direito na sociedade pós industrial e a recente revolução tecnológica, com o objetivo de expor o problema que deu ensejo a redação do artigo.

No segundo, procede-se a análise Teórica da proteção jurídica dos dirietos da personalidade. No terceiro, estuda-se o direito a privacidade no plano nacional e internacional. No quarto, analisa-se a decisão do Comissariado de Proteção e liberdade de Informações de proibir o compartilhamento de informações entre as empresas sem o consentimenot expreso do usuário. No quinto, traz-se o problema para o ordenamento jurídico brasileiro e analisa-se a questão a luz do marco civil da internet.

Ao final, são expostas as conclusões dos autores quanto a necessidade de o Estado Brasileiro por em prática a proteção ao direito de privacidade dos usuários dos sistemas, conforme preconizado pelo marco civil da internet.

1.O Direito na Sociedade Pós Industrial e a revolução tecnológica: exposição do problema

Este tópico busca situar o direito frente ao novo paradigma da pós-modernidade. A primeira pergunta que surge, então, é saber em que consiste exatamente esse novo paradigma da sociedade pós-industrial.

Para chegar a uma resposta, é mister salientar o que se entende por sociedade industrial, bem como expor a passagem à chamada sociedade pós-industrial. Aliada a essa transição, surge também a noção de modernidade e pós-modernidade³. Saliente-se, no contexto da virada da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial que a evolução histórica está intimamente associada ao desenvolvimento tecnológico⁴. Nesse aspecto, Galbraith (2007, p. 68) menciona que tecnologia significa a aplicação de conhecimento científico ou outro conhecimento organizado a tarefas práticas. Assim, sua consequência mais importante, no que tange à ordem econômica, está em forçar a divisão e subdivisão de qualquer tarefa em suas partes componentes. O autor, neste tópico, identifica o dinamismo tecnológico, o emprego maciço de capital e a organização eficiente como características de um novo estado industrial.

Daniel Bell (1977, p. 35) aponta dimensões que permitem definir a passagem da fase industrial à pós-industrial. Assim, no setor econômico destaca-se a passagem de uma economia produtora de bens para uma economia de serviço. Na distribuição de ocupação, verifica a importância da classe de profissionais qualificados e técnicos. Constatam-se, também, o caráter central do conhecimento teórico como fonte de inovações e formulação de políticas para a sociedade. Ademais, o autor ressalta a perspectiva de controle e valorização da tecnologia.

Manuel Castells (2007, p. 266) observa que a teoria clássica do pós industrialismo funda-se em três premissas principais: a) a fonte de produtividade e crescimento reside na geração de conhecimentos, estendidos a todas as esferas da atividade econômica mediante o processamento da informação; b) quanto mais avançada a economia, mais seu mercado de

³ Boaventura de Souza Santos (2000, p. 139) destaca que o paradigma da modernidade fica associado ao desenvolvimento do capitalismo, que seria dividido em três períodos: o primeiro, do capitalismo liberal, cobre todo o século XIX, sendo suas últimas três décadas de transição. O segundo, do capitalismo organizado, começa nos finais do século XIX e atinge o desenvolvimento máximo no período entre as duas grandes guerras e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; finalmente, o terceiro período, do capitalismo desorganizado, começa no final dos anos 60 do século XX e continua até hoje.

⁴ Segundo Araújo (2003, p. 30), o desenvolvimento tecnológico induziu o desenvolvimento de “duas razões paralelas”: uma instrumental, voltada para o domínio técnico sobre a natureza; outra comunicativa, voltada para o aperfeiçoamento da competência internacional do gênero humano, e fonte potencial de um projeto de auto-emancipação.

trabalho e sua produção seriam concentrados em serviços; c) a nova economia aumenta a importância das profissões com grande conteúdo de informação e conhecimentos em suas atividades. O autor ressalva, porém, ressalva que tais premissas não devem ser admitidas de forma acrítica, demonstrando que as três características apontadas não se unem para criar um modelo único de sociedade informacional.

E nesse contexto pós industrial, a importância da internet e a revolução na comunicação humana por ela engendrada deve ser destacada. Segundo Castells (2003, p. 13-15), a origem da internet se deu na década de 60 com a criação da *Arpanet* - sendo esta uma rede de computadores criada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos com a missão de mobilizar recursos de pesquisas, cujo objetivo seria alcançar a superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética. Tempos depois, criou-se uma rede independente para usos específicos militares – a *Milnet* e a *Arpanet* - tornou-se a *Arpa-Internet*, programa este que, na década de 80, deu origem a uma nova rede de comunicação entre computadores. Já nos anos 90, a maioria dos computadores norte-americanos tinha capacidade de entrar em rede. Posteriormente, muitos provedores de serviços da Internet montaram suas próprias redes e constituíram suas próprias portas de comunicações em base comerciais (DONEDA, 2006).\

Assim, as tecnologias de comunicação progrediram numa velocidade sem precedentes. Com a internet, a interação da sociedade se tornou assustadoramente virtual, extraterritorial, ilimitada, heterogênea e fragmentada. (CUNHA E CRUZ, TIBURSKI, MOREIRA, 2013).

Dentro deste contexto de inovação tecnológica, destaca-se o Facebook, que é uma rede social lançada em 4 de fevereiro de 2004, operado e de propriedade privada da Facebook Inc. (WIKIPEDIA, 2016)

O website é gratuito para os usuários e gera receita proveniente de publicidade, incluindo banners, destaques patrocinados na sequência de notícias e postagens patrocinadas, que são pagas por usuários interessados, que selecionam a publicidade direcionada pelos perfis dos participantes na rede social.

O WhatsApp Messenger, por seu turno, é um aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas e chamadas de voz para smartphones. Além de mensagens de texto, os usuários podem enviar imagens, vídeos e documentos em PDF, além de fazer ligações grátis por meio de uma conexão com a internet.

Em fevereiro de 2014, o Facebook adquiriu a empresa pelo montante de 16 bilhões de dólares, sendo 4 bilhões em dinheiro e 12 bilhões em ações do Facebook, além de 3 bilhões de ações no prazo de quatro anos caso permaneçam na companhia. Na ocasião da

venda do aplicativo ao Facebook, inúmeras discussões surgiram acerca da privacidade dos usuários, tendo o Facebook se manifestado publicamente em diversos meios de comunicação:

Quase um mês após o WhatsApp ter sido vendido para o Facebook por US\$ 16 bilhões, o presidente-executivo do aplicativo, Jan Koum, afirmou que a negociação não vai alterar a privacidade dos usuários, que continuarão a não ter seus dados explorados para fins comerciais de qualquer forma
(...)

E prossegue a notícia:

Se a parceria com o Facebook significasse que nós tivéssemos de mudar nossos valores, nós não a teríamos feito”, pontou Koum, para quem o WhatsApp fazer parte da família Facebook ajudará que o aplicativo continue a operar de forma independente.
(Portal G1, 2014).

Em 25 agosto de 2016, porém, o Facebook e o WhatsApp anunciaram uma mudança obrigatória na política de privacidade permitindo o intercâmbio de informações e o fornecimento de dados de usuários do aplicativo WhatsApp ao Facebook. Tal notícia gerou discussões jurídicas em todo o mundo e culminou com a decisão do Comitê para Proteção de Dados e Liberdade de Informação de Hamburgo, que será objeto de análise no presente artigo. Antes, porém, procede-se a análise da proteção jurídica dos direitos da personalidade.

2. A proteção Jurídica dos Direitos da Personalidade

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelados pela ordem jurídica um série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.

O reconhecimento jurídico formal dos direitos da personalidade é relativamente recente. Alguns dos direitos da personalidade, porém, se examinados em relação ao Estado (e não em relação aos outros indivíduos), ingressam no campo das liberdades públicas, consagradas pelo Direito Constitucional.

Distinguem-se as duas noções, normalmente, quanto ao plano e ao conteúdo.

No primeiro caso, tem-se que os direitos da personalidade situam-se acima do direito positivo, sendo considerados, em nosso entendimento, inerentes ao homem, devendo o Estado, através das normas positivas, apenas reconhecê-los e protegê-los.

Todavia, mesmo que tal reconhecimento não ocorra, esses direitos continuariam existindo, em função de seu caráter transcendente da natureza humana, ao contrário das chamadas liberdades públicas, que dependem necessariamente da positivação para assim serem consideradas.

No que diz respeito ao conteúdo, a diferença é uma consequência do parâmetro anterior, pois o surgimento de novas liberdades públicas, pertencentes a categorias transindividuais (econômicas e sociais, por exemplo), não se coaduna com o caráter individual dos direitos da personalidade.

Não há a menor dúvida de que o ser humano é o titular por excelência da tutela dos direitos da personalidade, mas também a pessoa jurídica é protegida, na forma do Art. 52 do Código Civil: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Para análise dos direitos da personalidade, consideramos conveniente classificá-los com base na tricotomia corpo/mente/espírito. Assim, sem pretender esgotá-los, classificamos os direitos da personalidade de acordo com a proteção à: vida e à integridade física (corpo vivo, cadáver, voz); integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal).

Ressalve-se, porém, que a relação aqui feita não deve ser considerada taxativa, mas apenas fruto de uma reflexão sobre os principais direitos personalíssimos, até mesmo porque qualquer enumeração jamais esgotaria o rol dos direitos da personalidade, em função da constante evolução da proteção aos valores fundamentais do ser humano

A ordem jurídica assegura o direito à vida de todo e qualquer ser humano, antes mesmo do nascimento, punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro. Isso não impede, porém, o reconhecimento da importância do planejamento familiar, como forma de incentivar uma vida com qualidade para todo aquele que nasça, o que foi alçado, inclusive, a nível constitucional no art. 226 da Constituição.

A concepção de um direito à vida implica no reconhecimento estatal da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida.

Correlato ao direito à vida, reconhece-se, também, o direito à integridade física. De fato, o direito tutelado é, no final das contas, a higidez do ser humano no sentido mais amplo da

expressão, mantendo-se, portanto, a incolumidade corpórea e intelectual, repelindo-se as lesões causadas ao funcionamento normal do corpo humano.

Em um segundo plano de análise metodológica, toma-se a pessoa enquanto ser psíquico atuante, que interage socialmente, incluindo-se, nessa classificação, o direito à liberdade, inclusive de pensamento, à intimidade, à privacidade, ao segredo, além do direito referente à criação intelectual, consectário da própria liberdade humana.

Nessa classificação, levam-se em conta os elementos intrínsecos do indivíduo, como atributos de sua inteligência ou sentimento, componentes do psiquismo humano.

A premissa da qual se deve partir, para a adequada análise de todos os direitos psíquicos (liberdade, intimidade, segredo etc.) é a imperiosa necessidade jurídica de se proteger a incolumidade da mente humana. Vale dizer, o direito à integridade mental é o direito-base, de onde surgem todos os demais. Por isso, a legislação pune, com rigor, a tortura psicológica⁵, além de não admitir o emprego de substâncias químicas ou do lie detector nos procedimentos de investigação policial.

O art.5º. da Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro monumento à liberdade, em todas as suas formas, seja na concepção mais individualizada até a consagração de liberdades coletivas.

Vários têm sido os enfoques com que se encara a liberdade (civil, política, religiosa, sexual etc), com a enunciação de componentes próprios e distintos como a liberdade de locomoção, de trabalho, de exercício de atividade, de estipulação contratual, de comércio, de culto, de organização sindical, de imprensa, dentre outras.

A liberdade de agir, porém, não pode ser interpretada de forma extrema. A análise das relações entre os direitos fundamentais demonstra que o exercício do direito à liberdade encontra a sua justa medida de contenção na esfera jurídica do outro. Logo, se é certo que a liberdade é algo inerente à condição humana, muito mais evidente é que haverá certos tipos de atos que serão proibidos pela ordem jurídica, por superiores razões de interesse público e convivência social.

Tais limites, do ponto de vista da teoria geral do direito, consistem no estabelecimento de sanções a determinados tipos de conduta que podem ser praticadas pelos indivíduos, no exercício de sua liberdade.

⁵ A Lei n. 9455, de 7 de abril de 1997 define os crimes de tortura.

Tomado em acepção mais abrangente, o direito de liberdade compreende a liberdade de pensamento. Todavia, dada a sua peculiaridade de ser a forma de expressão da individualidade do ser humano, merece destaque como um direito autônomo. A esse respeito, o inciso **IV** do art. 5º. da CF88 estabelece expressamente que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Como consequência da regra primeira, a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, observado o disposto, obviamente, na própria Constituição, como preceitua o seu art.220.

Em nosso entendimento, o direito às criações intelectuais é manifestação direta da liberdade de pensamento, razão por que o catalogamos no rol de direitos psíquicos⁶. A Constituição Federal, em seu art. 5º.⁷, também alberga tais direitos, que podem ser conceituados como o resultado cultural do gênio humano nas diversas áreas do conhecimento:

Também considerada inviolável pelo inciso X, art.5º da CF, a vida privada, é entendida como a vida particular da pessoa natural (right of privacy), compreendendo, como uma de suas manifestações, o direito à intimidade.

Trata-se de um direito da personalidade, cuja tutela jurídica veio a ser consagrada, também, no art. 21 do NCC⁸. Manifesta-se, principalmente, por meio do direito à intimidade, não obstante a proteção legal da honra e da imagem lhe seja correlata.

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros (BITTAR, 1999., p. 107). Em outras palavras, é o direito de estar só.

⁶ Bittar (1999) prefere elencá-lo entre os direitos de cunho moral, posição com a qual, data vênua, não concordamos (ob. cit., pág. 65), uma vez que a criação é típica manifestação da liberdade humana.

⁷ “**XXVII** - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

⁸ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Há vários elementos que se encontram ínsitos à idéia de intimidade: o lar, a família e a correspondência são os mais comuns e visíveis.

Segredo, na clássica definição de Paulo José da Costa Junior, é o “círculo concêntrico de menor raio em que se desdobra a intimidade; é o que reclama proteção mais veemente contra a indiscrição”(COSTA JÚNIOR, 1970, p.73).A divulgação de segredo, seja particular ou profissional, é conduta típica prevista nos art.153/154 do vigente Código Penal Brasileiro.

Os direitos da personalidade também objetivam tutelar a esfera moral da pessoa, neste aspecto sendo inseridos o direito a honra, a imagem e a identidade.Umbilicalmente associada à natureza humana, a honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte.

Poderá manifestar-se sob duas formas: Objetiva: correspondente à reputação da pessoa, compreendendo o seu bom nome a fama de que desfruta no seio da sociedade; Subjetiva: correspondente ao sentimento pessoal de estima ou a consciência da própria dignidade.

A garantia de proteção à imagem, com previsão expressa no inciso X do art. 5º. da CF/88 é considerada, também, um direito fundamental. A imagem constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica, podendo ser concebidos: imagem-retrato - que é literalmente o aspecto físico da pessoa; imagem-atributo - que corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, a forma como ele é visto socialmente.

Por fim, o direito à identidade traduz a idéia de proteção jurídica aos elementos distintivos da pessoa, natural ou jurídica, no seio da sociedade.

Expostas, em linhas gerais, as peculiaridades da teoria da proteção aos direitos da personalidade, passa-se, no tópico que se segue , a analisar especificamente o direito a privacidade .

3.O direito a privacidade no plano nacional e internacional

O respeito a privacidade, no plano internacional, vem previsto no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem

a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Ainda, o artigo 17 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos dispõe que “Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”.

Por outro lado, o art. 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos disciplina que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada, familiar, o seu domicílio e da sua correspondência”

No Brasil, o respeito aos atributos da pessoa humana vem previsto no inciso X do art. 5 da Constituição Federal⁹. Trata-se de garantia que envolve a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Conforme assinala Romita (2005, p. 258), proteger a vida privada significa assegurar proteção a certos aspectos da vida íntima. O direito tem caráter negativo de proteção e entra em choque com o direito de dirigir a atividade do empregado, que é ínsito à subordinação jurídica, elemento caracterizador do direito do trabalho.

Neste aspecto, há que se diferenciar como faz Romita (2005, p. 263), os conceitos de intimidade, vida privada e vida pública. A intimidade, segundo o autor, é mais restrita, envolvendo os aspectos mais recônditos da vida do trabalhador. Já a esfera da vida privada é mais ampla e a ofensa ao respeito à inviolabilidade da vida privada envolve a divulgação de dados a terceiros. Na mesma linha, Silva Neto (2005, p. 80) assinala que a intimidade difere da vida privada, uma vez que a primeira é o direito de estar só, expressando a esfera recôndita do indivíduo, assegurada a tutela judicial em face da possibilidade de divulgação. A vida privada, por seu turno, se situa no contexto mais amplo das relações familiares, assegurando-se o anonimato, salvo na hipótese de ofensa a interesse público.

4.. A proibição da transferência de dados do Whatsup para o Facebook determinada pela Alemanha

Em 27 de setembro de 2016, o Commissariado de Hamburgo de Proteção da Liberdade de Informação estabeleceu uma ordem administrativa que proibiu o Facebook de coletar e guardar informações oriundas do aplicativo Whatsapp na Alemanha. Além disso,

⁹ Art. 5º, X da Constituição: “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.”

determinou que o Facebook apagasse toda a informação já transmitida entre o Whatsapp e o Facebook.

Em informativo a imprensa, assim se manifestou o Comissariado:

Facebook e Whatsapp são empresas independentes que processam os dados de seus usuários com base em seus próprios termos de uso e políticas de privacidade. Após a aquisição do WhatsApp pelo Facebook há dois anos, ambas as partes haviam assegurado publicamente que os dados não seriam compartilhados entre eles. O fato que isso está acontecendo agora não apenas confunde seus usuários e o público, como também constitui uma infração da legislação nacional de proteção de dados pessoais. Tal troca só é admissível se ambas as empresas, a que provê o dado (WhatsApp) bem a que recebe (Facebook) tenham estabelecido uma base legal pra tanto. O Facebook, no entanto, tampouco obteve um aprovação efetiva dos usuários do WhatsApp, como também não possuem uma base legal para essa recepção de dados. Está claro que o Facebook deve respeitar a lei alemã de proteção de dados pessoais e a decisão da Corte Europeia de Justiça, de julho, que determina que as leis nacionais de proteção de dados são aplicáveis se uma empresa processa dados em conexão com a jurisdição nacional" (PRESS RELEASE, 2016, tradução livre)

Johannes Caspar, O Comissário de Hamburgo para Proteção de Dados e Liberdade de informação menciona no informativo que a ordem tem por objetivo proteção 35 milhões de usuários do Whatsapp na Alemanha e que a decisão de conectar as contas do Facebook e do Whatsapp deve ser uma decisão do consumidor, o que não foi respeitado pelas empresas envolvidas.

5. O Marco Civil da Internet e a necessidade de Proteção dos Dados dos Usuários do Whatsapp no Brasil

O Marco Civil da Internet foi firmado pela Lei 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no Brasil.

Firma o art. 2º que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da

escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.

Desta forma, a lei fixou o respeito à liberdade de expressão. Ou seja, elimina-se a censura na internet ou remoção de conteúdos da rede com base em mero dissabor por parte daqueles que não concordam com tais conteúdos. Ademais, a rede é livre, aberta e colaborativa. Deve ser considerada como instrumento mundial, não possuindo dono, os direitos humanos devem ser respeitados no ambiente digital e a internet deverá ser um instrumento para promover o exercício da cidadania, sem qualquer tipo de discriminação, constituindo-se como um verdadeiro elemento para a transformação da sociedade (JESUS; MILAGRE, 2014, p.19).

O art. 3º disciplina do uso da internet no Brasil, estabelecendo os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dentre os princípios acima elencados, é importante ressaltar a proteção à privacidade, previsto no inciso II e III do precitado artigo. Conforme determina tal artigo e os seus respectivos incisos acima citados, ao proteger a privacidade, o Marco Civil procura por a salvo toda e qualquer informação, seja ela textual ou audiovisual que seja considerada privada, dando ênfase à proteção dos dados pessoais, sendo a primeira legislação voltada à proteção do cidadão em face da violação de sua privacidade ou dados pessoais no ambiente digital.

O art. 4º disciplina do uso da internet no Brasil e tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos; II - do acesso à informação, ao

conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

O artigo acima, estabelece qual deve ser o propósito no uso da internet no Brasil, deixando claro que a internet além de proporcionar a inclusão digital de forma indiscriminada, deve também, permitir acesso à informação, ao conhecimento e a cultura, gerando meios para a participação popular nos assuntos públicos, utilizando a rede como meio (JESUS; MILAGRE, 2014, p.25).

O capítulo II da Lei trata especificamente dos direitos e garantias que o Marco assegura aos usuários.

O art. 7º é o que mais interessa ao presente artigo e determina que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X - exclusão definitiva dos dados

personais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Veja-se que nos termos do Marco Civil da Internet, as comunicações digitais são invioláveis e sigilosas e só podem ser reveladas por ordem judicial. Só tal ordem pode determinar a guarda de registros de comunicação, indo de encontro a lei qualquer armazenamento de informações que não seja prescindido de determinação judicial expressa (JESUS; MILAGRE, 2014, p.34).

Ademais, os provedores estão proibidos de fornecer dados pessoais a “terceiros”, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado, sendo garantido ao usuário o direito de exclusão dos seus dados de forma definitiva do banco de dados do provedor.

O art. 8º estabelece a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Assim, verifica-se claramente que a alteração na política de privacidade do Facebook e do Whatsapp violam as normas do Marco Civil da Internet, devendo ser consideradas nulas as alterações promovidas.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, mediante Carta Aberta enviada em 28 de setembro de 2016 ao Secretaria Nacional de Consumidor do Ministério da Justiça, bem como ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (CARTA, 2016).

Considerações Finais

A análise da alteração da política de privacidade que permitiu o compartilhamento de informações do aplicativo Whatsapp com o Facebook, levada a efeito em agosto de 2016, permite concluir que tal medida viola o direito fundamental de proteção da privacidade do cidadão brasileiro, razão pela qual, a luz do Marco Civil da Internet, deverá o Estado Brasileiro, através da Secretaria Nacional do Consumidor emitir ato normativo proibindo tal transferência de informação.

A proibição, a ser efetivada pelo Estado Brasileiro, poderia seguir os parâmetros estabelecidos pelo Governo Alemão em 27 de setembro de 2016, através do Comissariado de Proteção e liberdade de Informação.

Na hipótese de o Estado Brasileiro não seguir o exemplo Alemão, caberá aos interessados ingressar com ação inibitória, bem como ação de indenização por violação dos direitos de personalidade, pleiteando o pagamento dos danos correspondentes.

Referencias

BITTAR, Carlos Alberto *Os Direitos da Personalidade*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

CARTA IDEC nº 210/2016/Coex. Disponível em http://www.idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/Carta%20Senacon_Whatsapp_28092016.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2016

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Rosineide Venâncio Mayer. Vol.1 São Paulo: Paz e Terra, 2007.

Convenção Européia de Direitos do Homem. Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>

Corte Européia de Direitos Humanos. *CASE OF BĂRBULESCU v. ROMANIA: Application no. 61496/08*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>. Acesso em 04 de junho de 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da, *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*, São Paulo: RT, 1970.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; TIBURSKI, C.; MOREIRA, Q. C. C. Direitos humanos e internet: liberdade de expressão, direito à honra e a responsabilidade civil do provedor de conteúdo no STF. In: 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direito da Sociedade em Rede, 2013, Santa Maria-RS. *Anais do 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: GT 2 Mídia e liberdades*. Santa Maria-RS: UFSM, 2013, v. 2. p. 265-279.

DAUBLER, Wolfgang. *Internet und Arbeitsrecht*. 3.3e. Bund-Verlag: Frankfurt AM Manin, 2004.

DONEDA, D. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Corte Européia de Direitos Humanos. PUNTOS CLAVE DEL CASO BĂRBULESCU v. ROMANIA: ACCESO A PROGRAMA DE MENSAJERIA INSTANTANEA DEL TRABAJADOR. Disponível em <http://www.juliabacaria.com/2016/01/puntos-clave-del-caso-barbulescu-v.html> Acesso em 04 de julho de 2016.

FRANÇA, R. Limongi *Instituições de Direito Civil*. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1993

MOURA, Paulo C. *A crise do emprego: uma visão além da economia*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo do poder de controle eletrônico do empregador*. Coimbra: Almedina, 2010.

PORTAL G1. Venda do WhatsApp para Facebook não vai alterar privacidade, diz CEO. DISPONÍVEL EM <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/03/venda-do-whatsapp-para-facebook-nao-vai-alterar-privacidade-diz-ceo.html>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

PRESS release. Administrative order against the mass synchronisation of data between Facebook and WhatsApp

Disponível em https://www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Press_Release_2016-09-27_Adminstrative_Order_Facebook_WhatsApp.pdf. Acesso em 30 set. 2016

RAFLER, Andrea. HELICHE, Peter. “Unter welchen voraussetzungen ist die uberwachung Von Arbeitnehmer email zullasig”. In: *NZA*, n. 16, 1997, p. 862-868.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho* São Paulo: LTR, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

WIKIPEDIA Facebok. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook>
Acesso em 30 de setembro de 2016.