

ANÁLISE DA PROPOSTA DE DECRETO REGULAMENTADOR DO MARCO CIVIL DA INTERNET

I. APRESENTAÇÃO

Com o objetivo de contribuir no esforço de regulamentação do Marco Civil da Internet, e louvando a iniciativa democrática do Ministério da Justiça, o presente trabalho aborda dois aspectos centrais da proposta de decreto, a saber: (i) a disciplina da privacidade de dados; e (ii) a previsão de competências regulatórias. Nosso interesse decorre da atuação profissional em temas relacionados ao direito da internet e à atuação acadêmica dos subscritores nesse mesmo ramo e no domínio mais amplo do direito constitucional, notadamente em questões relacionadas às liberdades de expressão e de informação.

As considerações sobre a validade e conveniência das disposições serão efetuadas tendo como parâmetro tanto as normas do próprio Marco Civil quanto as previsões pertinentes da Constituição, no que se inclui o princípio da legalidade. Em razão disso, cumpre fazer uma breve exposição inicial sobre os limites do poder regulamentar.

II. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR

1. O poder regulamentar tem fundamento no art. 84, IV, da Constituição Federal, que atribui ao Presidente da República a competência para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como *expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Nesses termos, a função essencial do regulamento é a padronização da atividade administrativa de aplicação da lei, em benefício da eficiência e, sobretudo, da isonomia. Sem prejuízo dessa destinação essencial, tem sido admitido que o poder regulamentar possa, sob certas condições, assumir o papel mais amplo de detalhar decisões normativas delineadas na lei. Tal alargamento da função regulamentar decorre, sobretudo, da natural dificuldade do legislador para esgotar o

tratamento de temas complexos ou especialmente dinâmicos, ainda mais na velocidade requerida pelas relações sociais.

2. Nesse contexto, embora o paradigma da legalidade formal venha passando por certa reformulação, a exigência continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição, e como um princípio específico que vincula a Administração Pública, na linha do *caput* do art. 37 da Carta. É a lei que cria condições básicas para o tratamento isonômico dos indivíduos, dados os seus atributos de generalidade e abstração. Da mesma forma, a confiança na lei é o principal fator para a criação e preservação de um ambiente de segurança jurídica. Por fim – e ainda mais importante –, é a legalidade formal que veicula a participação democrática, sendo resultado da manifestação coordenada dos representantes eleitos pelas diferentes correntes políticas existentes na sociedade. Trocar as determinações de uma lei pela vontade circunstancial do Executivo, via decreto, significaria uma subversão de todos esses elementos e da própria separação dos Poderes¹.

3. A conciliação entre flexibilidade e legitimidade é alcançada pela observância de alguns parâmetros já consolidados na doutrina e jurisprudência constitucionais. O primeiro deles, mais básico, é a *preferência da lei*, pela qual se veda que atos infralegais contrariem as opções legislativas². Embora seja intuitivo que a violação frontal é incompatível com a hierarquia das normas, veda-se igualmente que o regulamento restrinja ou estenda o alcance das previsões legais. Vale dizer: não se admite que, a pretexto de regulamentar, o decreto promova recortes ou adendos ao que foi decidido pelo Legislativo, o que equivaleria a uma autêntica legalidade substitutiva ou paralela.

4. O segundo parâmetro aplicável ao poder regulamentar consiste na impossibilidade de que ele incida sobre matérias sujeitas, por decisão constitucional, a reserva de lei – como, por exemplo, a criação de tipos penais. Em se tratando de normas que tenham a pretensão de restringir ou conformar direitos fundamentais – como a liberdade de expressão e os direitos da personalidade –, exige-se igualmente que a lei seja especialmente clara e inteligível,

¹ Gilmar Mendes e Paulo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 2015, p. 856.

² Alexandre Santos de Aragão, *Direito dos serviços públicos*, 2007, p. 324 e ss.

justamente para o fim de se evitar que sua eventual vagueza abra margem para a criação de limitações adicionais por decisão administrativa³. Com muito mais razão, não se pode conceber que decisões legislativas claras e específicas sejam desconsideradas por regulamento ou convertidas, por ele, em meras diretrizes gerais.

5. Por fim, o terceiro parâmetro diz respeito aos casos em que a própria lei preveja um campo de atuação mais amplo para o Executivo, atribuindo ao poder regulamentar a função de desenvolver o sentido de princípios ou cláusulas gerais. É o que ocorre, por exemplo, nas previsões legislativas que conferem poderes normativos às agências reguladoras. Embora a doutrina e a jurisprudência mais recentes admitam essa prática, condicionam a sua validade à existência, na própria lei, de *standards*, diretrizes ou parâmetros claros e obrigatórios, que limitem a atuação do administrador-delegatário e permitam a fiscalização dos seus atos. Essa é a posição sedimentada no Supremo Tribunal Federal⁴.

6. Em qualquer caso, portanto, o ato normativo será vinculado à lei, uma vez que encontra nas disposições legais seu fundamento de validade. É exigência básica da separação de Poderes que um Poder não concentre competências – as suas próprias e mais as que venha a

³ Trata-se do princípio da clareza e determinação das normas restritivas de direitos. Sobre o tema, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 35-6: “Princípio da clareza e determinação das normas restritivas [de direitos fundamentais]. O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador”. No mesmo sentido, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2002, p. 248. Ainda nessa linha e estabelecendo tendência observada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte norte-americana tem uma tradicional jurisprudência pela qual se consideram inválidas as normas restritivas de direitos que sejam vagas, gerais e que não definam claramente a conduta que pretendem impor ou proibir. V. Steven L. Emanuel, *Constitutional Law*, 2001, p. 459. No mesmo sentido, v. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2003, p. 771: “Com efeito, uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salvaguarda de outros bens dignos de protecção”.

⁴ STF, DJ 14.12.2001, RE 264289/CE, Min. Sepúlveda Pertence: “(...) II. Servidores públicos: aumento de vencimentos: reserva de lei e delegação ao Executivo. Submetida a concessão de aumento da remuneração dos servidores públicos à reserva de lei formal (CF, art. 61, § 1º, II, a), a essa não é dado cingir-se à instituição e denominação de uma vantagem e delegar ao Poder Executivo - livre de quaisquer parâmetros legais - a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina, incluídos aspectos essenciais à sua quantificação. (...)”.

receber de outro Poder – sem estar sujeito a controle. Tanto assim que, mesmo na hipótese de *lei delegada*, a Constituição proibiu delegações incondicionadas (CF, art. 68⁵).

7. Além disso, a separação de Poderes também materializa a distribuição das chamadas *capacidades institucionais* – isto é, a especialização das estruturas decisórias, em função de sua *expertise* e da sua lógica de legitimação⁶. Um decreto perde sua legitimidade quando sai da esfera técnica para atuar no campo próprio das escolhas políticas – que, em uma democracia, devem estar sujeitas ao crivo dos representantes eleitos. Assim, o decreto só dispõe de um espaço válido de atuação normativa desde que se mantenha nos limites traçados pelo constituinte e pelo legislador.

8. Tais considerações teóricas nortearão todo o estudo sobre a validade do projeto de decreto regulamentador. Passa-se à análise dos três eixos temáticos da proposta de regulamentação.

III. ANÁLISE DA VALIDADE DO PROJETO DE REGULAMENTAÇÃO

III.1. PRIVACIDADE DE DADOS: ANÁLISE DA SEÇÃO “PADRÕES DE SEGURANÇA E SIGILO DOS REGISTROS, DADOS PESSOAIS E COMUNICAÇÕES PRIVADAS” (ARTS. 11 A 14)

a) Imposição às empresas de procedimentos para o tratamento interno dos dados (art. 11)

9. O art. 11 do projeto de decreto pretende criar uma lista de procedimentos que deveriam ser observados por provedores de conexão e de acesso a aplicações, alegadamente para o fim de promover a segurança no armazenamento de dados. Confira-se o teor dos dispositivos pertinentes no Marco Civil e na proposta de regulamentação, respectivamente:

⁵ CF/88: “Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. (...)”.

⁶ Bruce Ackerman, The new separation of powers, *Harvard Law Review* 3, 2000, p. 640.

Marco Civil da Internet, art. 10:

“Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. (...)

§ 4º. As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais”.

Marco Civil da Internet, art. 11, § 3º:

“§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações”.

Proposta de Decreto Regulamentador, art. 11:

“Art. 11. Os provedores de conexão e de acesso a aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança:

I – estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários;

II – previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros;

III – criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou responsável pelo acesso e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no art. 11, §3º da Lei 12.965, de 2014;

IV – uso de soluções de gestão dos registros por meio de tecnologias de criptografia ou medidas de proteção equivalentes para garantir a integridade dos dados; e

V – separação lógica de outros sistemas de tratamento de dados para fins comerciais.

Parágrafo único. Cabe ao CGI promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais para o disposto no caput, de acordo com as especificidades e porte dos provedores de conexão e de aplicação”.

10. Dois argumentos formais e um material recomendam a revisão do projeto de decreto nessa parte. Quanto aos fundamentos formais, **em primeiro lugar**, é possível sustentar

que seria necessária a edição de lei para disciplinar o tema do tratamento de dados pessoais, uma vez que a criação de requisitos para a proteção da privacidade estaria submetida a reserva legal. Não apenas por decorrência genérica do princípio da legalidade, mas também por sua incidência qualificada em matéria de restrições a direitos fundamentais. O ponto não é controverso na doutrina⁷.

11. No caso em exame, a necessidade de lei seria reforçada pelo fato de se estar promovendo uma conciliação complexa entre diversos elementos constitucionais: de um lado, o direito de privacidade e a regra mais específica do sigilo de dados; de outro, a livre iniciativa e a livre concorrência, afetadas pela pretensão estatal de ditar procedimentos internos essenciais para a atividade das empresas. A ponderação entre esses vetores não é uma questão pura ou mesmo primordialmente técnica, e sim a resultante de escolhas políticas e jurídicas quanto ao nível de interferência que o Estado pode e deve exercer nesse domínio. Um campo totalmente inapropriado, portanto, para a inovação pela via de ato infralegal. A realização desse tipo de escolha política é matéria típica de lei, e não de regulamento. Incidem aqui as observações desenvolvidas na parte inicial acerca do princípio da legalidade e seus fundamentos (isonomia, segurança jurídica, separação dos Poderes, capacidades institucionais).

12. Ainda mais quando se constata que a intervenção estatal não significa, necessariamente, maior proteção dos dados – não raro, é o Poder Público que se apresenta como maior ameaça à privacidade⁸. O que se tem, assim, é uma ponderação entre normas constitucionais, multidirecional e particularmente complexa. Viola a legalidade que se pretenda atribuir essa tarefa ao poder regulamentar, fora do debate legislativo. E aqui vale notar que já

⁷ A título de exemplo, v. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos fundamentais*, 2012, p. 134-5; e Gilmar Mendes e Paulo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 2015, p. 200: “Os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*)”.

⁸ Um bom exemplo desse risco é a atual disputa judicial entre a Apple e o FBI, que pretende obrigar a empresa a quebrar a segurança do sistema operacional do Iphone, a pretexto de obter os dados contidos no aparelho de terrorista envolvido em um ataque fatal. Embora a empresa tenha se disposto a cooperar na obtenção desses dados específicos, sem vulnerar a segurança do sistema em geral, as autoridades americanas insistem na criação de uma *porta dos fundos (backdoor)*, o que resultaria na possibilidade de acesso aos dados de todos os aparelhos similares. Sobre a disputa, v.: http://www.nytimes.com/2016/02/26/technology/apple-unlock-iphone-fbi-san-bernardino-brief.html?_r=0

existe projeto de lei em tramitação acerca da proteção de dados⁹, o que parece indicar que o Congresso Nacional reconhece o *status* legislativo da matéria. Tal circunstância intensifica a percepção de que o projeto de decreto promove uma invasão ao domínio da reserva de lei e, por conseguinte, à esfera de atuação do Poder Legislativo.

13. Em reforço a essa percepção, vale observar que **o próprio MCI reconhece a necessidade de ato legislativo para a imposição de procedimentos relacionados à guarda de dados pessoais**. Com efeito, o seu art. 3º, III, destaca como princípio da disciplina do uso da internet no Brasil a “proteção dos dados pessoais, **na forma da lei**”. Assim, nos termos desse dispositivo e do próprio sistema constitucional, seria necessária disciplina legislativa para impor obrigações específicas nessa matéria. O campo reservado ao regulamento seria bem mais restrito: estabelecer padrões para comunicação ao Poder Público, pelas empresas, dos procedimentos que venham a adotar em cumprimento à legislação.

14. Veja-se que essa leitura resulta na invalidade integral do art. 11 do projeto de regulamentação e mostra-se perfeitamente compatível com os arts. 10, § 4º e 11, § 3º do MCI, que colocam ênfase na *informação que deve ser prestada* ao Poder Público sobre os procedimentos de segurança – e *não nos procedimentos em si*. O art. 10, § 4º chega a destacar, inclusive, que a imposição de tais comunicações não pode vulnerar a necessidade de respeito ao segredo empresarial. A vulneração seria ainda mais grave se a regulamentação pretendesse não apenas obter informações acerca dos procedimentos e salvaguardas técnicas adotados, e sim defini-los de forma direta. O que o projeto de decreto produz, em suma e com as devidas vênias, parece ser o oposto do que foi determinado na lei, cuja redação não permite depreender uma pretensão estatal de interferir em aspecto chave da atividade dos provedores, intrinsecamente dinâmico e sigiloso.

15. O art. 11, § 3º do MCI é ainda mais expressivo nessa direção: estabelece que as empresas devem prestar informações, *na forma da regulamentação*, que permitam verificar o *cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de*

⁹ Trata-se do PL 4.060/2012, apresentado pelo Deputado Federal Milton Monti (PR/SP)

comunicações. Ou seja: o MCI reconhece que caberia à lei estabelecer eventuais regras quanto aos deveres de guarda, ao passo que o regulamento somente poderia tratar *da forma de comunicação* dos procedimentos adotados. Além de mais compatível com a literalidade do MCI e com o princípio da legalidade, essa variante interpretativa evita o *congelamento* da tecnologia ou a situação inusitada e inconveniente de as empresas terem de requisitar uma alteração normativa para o fim de poderem introduzir novas técnicas de gerenciamento e proteção de dados, inclusive com o objetivo de aumentar a segurança dos mesmos.

16. ***Em segundo lugar***, ainda que se venha a admitir a possibilidade de alguma delegação ao poder regulamentar para definir procedimentos de guarda de dados, a violação à legalidade subsistiria, uma vez que o MCI teria veiculado uma delegação excessivamente vaga ao poder regulamentar. O vício torna-se mais grave na medida em que se cuida da regulação dos referidos direitos fundamentais. Como visto, esse é o domínio em que se exige especial clareza da lei, justamente para reduzir a discricionariedade administrativa.

17. Contrariando essa exigência constitucional, o MCI não trouxe qualquer parâmetro na matéria, limitando-se a enunciar que o regulamento estabeleceria “padrões de segurança”. Disso resulta que o decreto não se presta a desenvolver ou detalhar critérios já contidos na lei, como seria próprio à luz do princípio da legalidade. Em vez disso, uma leitura maximalista do poder regulamentar levaria o intérprete a constatar a ocorrência de uma *delegação em branco*: o legislador teria deixado de criar a norma e transferido essa tarefa ao regulamento, convertido em fonte primária da obrigação que se pretende impor. Vale observar que a distinção não é meramente acadêmica: a jurisprudência do STF coloca ênfase na necessidade de que as delegações ao poder regulamentar sejam acompanhadas de *standards*, sob pena de se caracterizar simples burla ao princípio da legalidade¹⁰.

18. Em nossa visão, tais considerações recomendam que se interprete os dispositivos do Marco Civil de forma mais restrita, reconhecendo que a atribuição conferida ao

¹⁰ A distinção foi enfatizada, por exemplo, no acórdão em que se declarou a constitucionalidade da regulamentação de dispositivos referentes ao SAT – seguro por acidente de trabalho. Na ocasião, a Corte entendeu que a legislação fornecia parâmetros suficientes, sendo aceitável que atribuísse ao regulamento a função de desenvolver os conceitos de “*atividade preponderante*” e “*grau de risco leve, médio e grave*”. Não haveria, portanto, *delegação pura* ou *em branco*. V. STF, RE 343.446, DJ 04.04.3003, Rel. Min. Carlos Velloso.

poder regulamentar diz respeito à forma de comunicação, ao Poder Públicos, dos procedimentos de segurança adotados para a guarda e o tratamento de dados. E não para o fim de se admitir que procedimentos específicos sejam impostos por decreto.

19. Antes de avançar, vale enfatizar que os vícios formais aqui enunciados independem do juízo que se faça sobre a razoabilidade do regime que se pretende impor. A violação ao princípio da legalidade conduziria à invalidade do dispositivo ainda que se concluísse pela legitimidade material das restrições. Seja como for, também do ponto de vista material, o dispositivo não deve subsistir.

20. *Em terceiro lugar*, há violação à livre iniciativa: a previsão da proposta de regulamento interfere de forma inadequada, excessiva e desproporcional na liberdade das empresas para organizarem seus procedimentos e sistemas internos. Em linha de princípio, como chega a ser intuitivo, a livre iniciativa assegura aos empreendedores a prerrogativa de estruturarem a sua atividade da forma que lhes pareça mais eficiente e adequada. Ainda que o Poder Público possa estabelecer determinadas restrições, a regra é que elas decorram de lei e que não sejam arbitrarias. Ao contrário, devem estar justificadas por argumentos e dados objetivos que demonstrem a sua necessidade e a inexistência de alternativas menos gravosas¹¹.

21. O projeto de decreto, na parte examinada, foge a esses parâmetros. A par de não estarem sendo introduzidas por lei, as obrigações de que se trata não são acompanhadas de elementos capazes de demonstrar que não haveria outros procedimentos igualmente eficazes para a proteção dos dados. Pior ainda, o projeto ignora o fato de as empresas já disporem de sistemas internos bem sucedidos, os quais teriam de ser modificados para atender aos novos padrões. Em rigor, nada garante que as novidades seriam efetivamente mais seguras do que os métodos atuais, o que apenas potencializa o caráter aleatório da proposta de regulamentação. Tal circunstância – agravada pelo fato de se cuidar de ato infralegal – caracteriza a inconstitucionalidade dos

¹¹ A necessidade de que as restrições a direitos fundamentais sejam compatíveis com o princípio da razoabilidade é amplamente aceita na jurisprudência do STF. O precedente mais célebre em matéria de restrições à livre iniciativa é a ADI 855-PR, DJe 27.03.2009, Rel. originário Min. Octavio Gallotti, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes. Na ocasião, a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei estadual do Paraná que impunha a pesagem de botijões de gás na presença dos consumidores, por considerar a medida inadequada, desnecessária e desproporcional. Em expressão célebre do voto vencedor, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, “não há cogitar de reserva legal, senão de reserva legal proporcional”.

dispositivos em questão.

22. Por fim, para além da invalidade das disposições em si mesmas, o projeto de decreto contém uma incoerência interna, na medida em que não estabelece gradação na intensidade das obrigações em função da natureza dos dados manipulados. Em vez disso, o art. 11 pretende alcançar, genericamente, todos os *provedores de conexão e de acesso a aplicações*.

23. Veja-se que certos dados são mais sensíveis do que outros. A data em que um usuário acessou uma rede social, por exemplo, é uma informação substancialmente menos invasiva do que a sua localização geográfica, o conteúdo de suas comunicações, ou mesmo os seus dados pessoais. A proposta de decreto, contudo, não faz qualquer distinção no rigor das medidas de segurança com base na sensibilidade do tipo de informação manipulada pelos diferentes tipos de aplicações. O resultado seria a imposição de medidas manifestamente excessivas, para além do escopo original do próprio decreto¹².

24. Como se percebe, as hipóteses de potencial aplicação do art. 11 são vastas, parcialmente indeterminadas e muito distintas entre si, mas estariam recebendo tratamento similar, senão idêntico. Confirmando – e agravando – o problema, o projeto de decreto parece intuir a necessidade inexorável de que se venham a estabelecer graus de incidência das restrições, mas deixa de detalhá-los. Em vez disso, em seu parágrafo único, prevê genericamente que caberia ao Comitê Gestor da Internet “*promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais para o disposto no caput, de acordo com as especificidades e porte dos provedores de conexão e de aplicação*”.

25. O que se tem aqui, portanto, é a previsão de um *regulamento do regulamento*, que o presente estudo considera inconstitucional. Do ponto de vista formal, pelo fato de o poder regulamentar em sentido estrito ser competência do Presidente da República, nos

¹² Esse tipo de efeito colateral aproxima-se do conceito de *overbreadth*, geralmente utilizado para identificar limitações à liberdade de expressão que, por sua excessiva generalidade, acabam incidindo sobre realidades distintas daquelas que se pretendia ou poderia regular. Sobre o tema, v. Steven L. Emanuel, *Constitutional Law*, 2011, p. 495: “A lei é excessivamente ampla se, além de proscriver atividades que possam ser constitucionalmente vedadas, também alcançar em sua cobertura discurso ou conduta que é protegido pelas garantias da liberdade de expressão ou liberdade de associação. Veja-se *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940)”. (Tradução livre).

termos do art. 84, IV, da Constituição. Do ponto de vista material, a delegação de atribuição normativa terciária a outro órgão administrativo aprofundaria a falta de clareza do decreto e a insegurança quanto às obrigações impostas aos particulares. As violações à legalidade e a seus consectários seriam, assim, qualificadas.

b) Definição do conceito de “dados pessoais” (art. 12, I)

26. O projeto de decreto pretende delimitar o conceito de *dados pessoais*, utilizado em diversas passagens do Marco Civil da Internet. Curiosamente, a proposta apenas menciona a expressão “dados pessoais” no art. 12, para definir seu significado e o do termo *tratamento* desses dados. A definição do projeto de regulamentação, contudo, equipara conceitos que, por imperativo constitucional, não podem ser confundidos: os de dado *sobre* comunicação e de *conteúdo* de comunicação. Além disso, o conceito adotado pela proposta de decreto é excessivamente abrangente para os fins almejados pelo MCI e provoca consequências regulatórias incompatíveis com os objetivos da lei. Por fim, é importante o registro de que esse conceito abrangente de dados pessoais jamais poderia ser interpretado como uma extensão da obrigação de coleta e guarda de registros prevista no art. 15 do Marco Civil. O ponto justifica algum aprofundamento.

27. *Em primeiro lugar*, o art. 12, I contém uma inconstitucionalidade grave na parte em que pretende incluir o conteúdo das comunicações privadas no conceito de “dado pessoal”. Essa previsão desconstrói a importante distinção entre *a comunicação em si* — que recebe proteção constitucional reforçada, nos termos do art. 5º, XII — e *os dados sobre a comunicação*, que também são protegidos constitucionalmente, só que em menor intensidade. Assim, duas razões conduzem à inconstitucionalidade dessa previsão.

28. A primeira, formal, é a violação à reserva de lei absoluta, uma vez que um decreto não poderia ter a pretensão de regulamentar o art. 5º, XII para o fim de delimitar o alcance do conceito de dados, submetidos à proteção constitucional. O tema da reserva legal no âmbito das restrições a direitos fundamentais já foi abordado, sendo desnecessário reproduzir a

exposição. A segunda invalidade, material, resulta da total incompatibilidade do projeto de decreto com o sentido que a Constituição atribui ao termo *comunicações*, tal como interpretado pelos tribunais superiores. Vale enfatizar: ainda que pudesse tratar da matéria – e não pode – o decreto não poderia pretender equiparar o que a Constituição distinguiu. O ponto exige um desenvolvimento adicional.

29. Como se sabe, é comum que diferentes tipos de dados, armazenados pelo Poder Público ou por particulares, guardem relação com direitos fundamentais à privacidade ou à intimidade, protegidos pelo art. 5º, X, da Constituição. É esse o fundamento da proteção aos sigilos fiscal e bancário, para citar dois exemplos tradicionais. **O mesmo raciocínio vale para os dados sobre comunicações – telefônicas ou telemáticas – que constituem informações sobre os atos de comunicação efetuados pelos indivíduos.** Nessa categoria se incluem o sigilo telefônico – lista das chamadas recebidas e efetuadas, com as respectivas datas e horários – e os registros eletrônicos relacionados à troca de e-mails – como o número de IP e as respectivas informações de data e horário. Como se sabe, o levantamento dessas formas de sigilo depende de decisão judicial fundamentada, em processos de qualquer natureza. Nessa linha, aliás, os provedores fornecem regularmente dados cadastrais e números de IP + data e hora do acesso, majoritariamente no âmbito de processos cíveis – incluindo o presente. Em boa parte dos casos, tais dados permitem a identificação da autoria de um determinado ato praticado na internet.

30. Por outro lado, as correspondências e as comunicações em si mesmas – telegráficas, de dados e telefônicas – foram objeto de proteção diferenciada e reforçada por parte do constituinte. É o que se extrai da dicção expressa do art. 5º, XII, que utiliza a ideia de *inviolabilidade* – conceito enfático que só aparece em outras poucas passagens da Constituição, como para qualificar a proteção ao domicílio e a imunidade dos parlamentares por suas palavras e votos¹³. Vale transcrever o dispositivo para encadeamento do raciocínio:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

¹³ CF/88, art. 5º, XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”; CF/88, art. 53: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

31. Fiel à aparente taxatividade da parte final do dispositivo, o STF entendeu inicialmente que as ligações telefônicas constituíam a única forma de comunicação sujeita a sigilo *relativo*, passível de afastamento por decisão judicial em sede criminal¹⁴. As demais espécies de correspondência e comunicações estariam, assim, sujeitas ao sigilo absoluto, que não poderia ser afastado nem mesmo por determinação do Judiciário. Posteriormente, o Tribunal modificou seu entendimento e passou a admitir a quebra do sigilo também no domínio de outras formas de comunicação – como a telegráfica e a de dados:

“Relativamente à inviolabilidade referida, a Constituição Federal prevê exceções. A primeira faz-se ao mundo jurídico considerado o primado do Judiciário. A este, mediante ato fundamentado, nas hipóteses e forma contempladas em lei, é dado afastá-la e, mesmo assim, com finalidade única, ou seja, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Muito embora do preceito conste a exceção quanto às comunicações telefônicas, a sedimentada jurisprudência revela poder a ordem judicial alcançar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados - Habeas Corpus nº 70.814/SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, e o Recurso Extraordinário 418.416/SC, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence”¹⁵⁻¹⁶.

32. Apesar da ampliação quanto aos tipos de comunicação em que se admite a quebra de sigilo, a jurisprudência manteve a limitação no sentido de que a ordem de quebra

¹⁴ STF, DJ 26.11.1999, ADI 1488 MC, Rel. Min. Néri da Silveira; STF, DJ 13.10.1995, AP 307, Rel. Min. Ilmar Galvão.

¹⁵ STF, DJ 10.05.2011, RE 389808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁶ STF, HC 96.056/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes: “Certo é que a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (CF, art. 5º, XII) visa, em última análise, resguardar o também direito constitucional à intimidade, previsto no art. 5º, X. Dessarte, a regra é a privacidade desses dados e comunicações, somente se justificando a sua mitigação, quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrarem a conveniência de sua quebra, para fins de promover investigação criminal ou instrução processual penal. Verifica-se, assim, que a garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e das comunicações, visando a preservar o direito à intimidade (CF, art. 5º, XII), conflita com a possibilidade de sua devassa nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que por ordem judicial fundamentada”; STF, HC 97781/PR, Rel. Min. Luiz Fux: “Muito embora [o art. 5º, XII] tenha cláusula que, de início, remeteria apenas às comunicações telefônicas, revelada na expressão ‘no último caso’, o Supremo já assentou que está abrangida pela exceção o afastamento dos demais sigilos, ou seja, dos que dizem respeito à correspondência, às comunicações telegráficas e a dados – gênero. Em síntese, por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mostra-se possível o afastamento do sigilo no tocante à correspondência, às comunicações telegráficas e a dados”.

somente pode ser proferida para fins de instruir processos de natureza criminal. Litígios cíveis podem e devem ser resolvidos sem esse recurso extremo. E nem poderia ser diferente, uma vez que se cuida de regra constitucional expressa, de modo que a ponderação dos elementos em jogo, na hipótese, foi realizada diretamente pelo próprio constituinte. Assim, ainda que o intérprete queira criticar essa opção do constituinte – *e.g.* sob o argumento de que determinados processos cíveis lidam com questões de enorme relevância –, não seria válido ignorar os limites semânticos do comando constitucional, que delimitam suas possibilidades interpretativas¹⁷. Ultrapassar essa fronteira converteria o juiz em legislador – no caso, em poder constituinte originário.

33. Note-se, a propósito, que a Sexta Turma do STJ, em precedente publicado há pouco mais de um mês, confirmou essa tese. Trata-se do HC nº 315.220, em que o STJ assentou: **(A)** que o conteúdo de e-mails é protegido pelo sigilo das comunicações (CF, art. 5º, XII)¹⁸; **(B)** que, apesar de o sigilo das comunicações eletrônicas ser relativo, sua quebra depende do preenchimento de uma série de requisitos, mesmo quando o sigilo confronta com o princípio da segurança pública – nessa linha, exige-se que a quebra seja determinada como último recurso, nos autos de procedimento criminal, com fundamentação específica e extensão temporal justificada; **(C)** que a ordem de quebra do sigilo que não observa os requisitos legais e constitucionais ofende, além do art. 5º, XII, também o art. 93, IX da Constituição, por deficiência de fundamentação. Confira-se trecho do voto vencedor, já organizado por tese:

(A) “*No que tange à correspondência eletrônica do investigado, pertinente trazer a lição de Alexandre de Moraes, em comentário ao artigo 5.o, inciso XII, da Constituição Federal, ao externar que, ‘apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta’*,”

¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 2014, p. 330: “Ressalta-se, assim, a dupla função desempenhada pela *expressão literal* (*Wortlaut*) do texto normativo: ‘sua plurissignificatividade permite separar interpretações compatíveis com a Constituição daquelas que se mostram com ela incompatíveis; (...) As decisões fundamentais do legislador, as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador”.

¹⁸ No que tange à correspondência eletrônica do investigado, pertinente trazer a lição de Alexandre de Moraes, em comentário ao artigo 5.o, inciso XII, da Constituição Federal, ao externar que, “apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta”, sendo “possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9.a edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179).

sendo 'possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas' (...).

Portanto, **o sigilo das diversas comunicações não é absoluto, gozando de proteção relativa, cujos limites são traçados na própria Carta Magna. E enalteça-se que, dado o correio eletrônico como forma de comunicação intersubjetiva do indivíduo, a relativização da presunção do sigilo também ocorre desde que diante da falta de outras medidas menos invasivas**".

(B) “De fato, a providência cautelar de obtenção do teor dos e-mails é uma medida extrema, da qual se lança mão apenas quando outros meios se mostram infrutíferos, ou seja, sua determinação judicial não figura como regra, a ser empregada ao talante do magistrado, mas sim como último recurso, mediante o preenchimento de prévias condições legais e inafastáveis.

No caso em apreço, quanto aos correios eletrônicos do paciente, não se apresentou evidenciado o quadro de imprescindibilidade da providência, cujo efeito pretérito abrangeu lapso temporal superior a 10 (dez) anos - a partir de 1o.1.2004. (...)

Portanto, apenas dispõe-se do método construtivo, entendido como ultima ratio, apenas pelo prazo razoável e indispensável para a consecução do arcabouço probatório na persecução penal, nos estreitos limites delineados pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira de inteligência, consoante o sufragado pela jurisprudência, o prazo deve ser regrado essencialmente pelo princípio da proporcionalidade (...), mostrando-se inviável a presente busca invasiva absolutamente desarrazoada - pelo ancho prazo de 10 (dez) anos -, pelo o que faz prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública, já que não explicitados e delimitados os motivos da constrição.

Com efeito, na decisão construtiva - ou mesmo na representação do Parquet estadual - não se depurou qual o motivo para a devassa no correio eletrônico do paciente pelo exorbitante período, nem mesmo o suporte para a data inaugural, a saber, 1o.1.2004. (...)

Não se descarta que uma denúncia pode reportar-se a fatos longevos, cujo arcabouço probatório somente se aperfeiçoou em data atual. Entretanto, no tocante à providência cautelar prévia, ao necessitar o Estado de dispor do método construtivo dos direitos individuais, deve-se ter em voga a razoabilidade do período de constrição, atribuindo-se racionalidade ao próprio Estado Democrático de Direito, ao albergar valores subjacentes da justiça, obstando-se, desse modo, o arbítrio descomedido.

E não se pode conceber que a determinação de interceptação telefônica já pressuponha a quebra do sigilo também do correio eletrônico, pois há a necessidade de se demonstrar a imprescindibilidade

da extensão da constrição inclusive para a modalidade de comunicação dada pelo e-mail, sempre delimitando período temporal sob o manto do brocardo da proporcionalidade, evocando a primazia do moderado, justo e racionalmente compreensivo, a expurgar excessos. (...)

Em boa hora, trago o dito pelo parecerista ministerial atuante perante esta Casa de Justiça (fl. 2.272): ‘(...)

Verificamos que a decisão de quebra do sigilo telemático não se lastreou nos requisitos de cautelaridade, sendo proferida com argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar amparo à quebra de sigilo telemático por um período tão extenso (2004 a 2014), configurando, inegavelmente, invasão da intimidade do ora paciente”.

(C) “Nessa toada, na hipótese dos autos cuida-se que se decretou a quebra do sigilo as comunicações eletrônicas sem se delinear a pertinência com a pretensa conduta delitativa ou a exata motivação do prazo inaugural, de forma a legitimar a medida extrema.

É de ver, portanto, que a quebra violou o comando constitucional de motivação das decisões judiciais, conforme dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal”.

34. Por tais fundamentos, a proposta de regulamentação não pode equiparar os conceitos de *dados sobre comunicação* e de *conteúdo das comunicações*, sob pena de ofensa ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

35. *Em segundo lugar*, é muito importante enfatizar que a definição abrangente de *dados pessoais* não pode ser interpretada como se impusesse aos provedores o dever de coleta e armazenamento de todos os dados mencionados no art. 12, I. O dever de retenção previsto no art. 15 do Marco Civil da Internet limita-se aos registros de conexão e de acesso a aplicações — não menciona, portanto, o conceito de dado pessoal. O texto da proposta de regulamentação também não menciona qualquer intenção de ampliar o rol de dados que teriam de ser obrigatoriamente coletados e retidos pelas empresas. Mas, ainda que se cogite de algum argumento para extrair essa conclusão do texto do decreto, tal interpretação seria inevitavelmente inconstitucional.

36. Primeiramente, por violação ao princípio da legalidade: o Marco Civil da Internet cuida da matéria e não impõe a coleta dos referidos dados adicionais, de modo que nem

sequer faria sentido imaginar que se estaria diante de um ato de regulamentação da lei. Ao contrário, a hipótese seria de autêntico decreto autônomo, desprovido de base legal nessa parte. Ademais, do ponto de vista material, um suposto dever de coleta e retenção representaria uma intensa restrição à livre iniciativa e ao direito de privacidade: o Poder Público não pode obrigar empresas a coletarem e armazenarem dados pessoais que sejam desnecessários para o desempenho de suas atividades.

37. Vale lembrar que um dos objetivos declarados do Marco Civil é proteger a privacidade de dados dos usuários de internet. Ora, se a meta é proteger a privacidade, não faz sentido que se pretenda aumentar os mecanismos de controle estatal sobre um maior volume de informações. Ao revés, a forma mais segura de proteção é restringir a quantidade de dados coletados, bem como limitar as hipóteses em que o Poder Público pode ter acesso a eles¹⁹. O direito de privacidade é uma das liberdades clássicas, concebidas originalmente para proteger os indivíduos em face de abusos estatais. Ainda que seja necessário estender a proteção contra ofensas provenientes de outros particulares, o pior resultado da regulamentação das atividades na internet seria a perversão da rede em um mecanismo de monitoramento oficial das pessoas, uma forma de colher e armazenar dados desnecessários para os propósitos que as levaram a determinadas aplicações.

38. Sintomaticamente, boa parte do mundo tem caminhado na direção diametralmente oposta. Em vários países, sobretudo na Europa, a política de nome real do *Facebook*, que exige a correção do nome do usuário, tem sido duramente criticada em razão do potencial risco à privacidade decorrente da obrigação de usar dados verdadeiros²⁰. Mesmo que

¹⁹ Esse aspecto tem sido muito enfatizado na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que reconhece, sem subterfúgios, os riscos para a privacidade decorrentes da pretensão estatal de ter acesso a dados pessoais dos cidadãos. Tal linha jurisprudencial foi inaugurada muito antes da disseminação da internet, em 1983, em julgamento no qual se assentou a invalidade de que dados obtidos em recenseamento populacional fossem compartilhados por diferentes órgãos públicos. Mais recentemente, a Corte assentou um autêntico *direito fundamental à confidencialidade e integridades dos sistemas técnico-informacionais*, novamente tendo em vista os abusos da interferência estatal sobre a privacidade (no caso, analisando lei estadual que permitia a busca remota de computadores de pessoas acusadas de haverem cometido crimes). Sobre o tema, v. Fabiano Menke, *A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridades dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão*. In: Gilmar mendes, Ingo Sarlet e Alexandre Coelho, *Direito, inovação e tecnologia*, 2015, p. 206 e ss.

²⁰ Sobre o tema, v. <http://www.theguardian.com/technology/2015/nov/02/facebook-real-name-policy-protest>. Na Alemanha, o órgão de proteção de dados de Hamburgo chegou a declarar ilícita a política de nome real. Dados disponíveis em: <http://www.reuters.com/article/us-facebook-germany-pseudonyms-idUSKCN0Q21U620150728>

não se queira ir tão longe, é fora de dúvida que a regulamentação da proteção de dados, em nome da privacidade, jamais poderia ter como consequência a imposição de um dever genérico de coletar dados que não sejam necessários para fornecer o serviço ou utilidade buscados pelo usuário.

III.2. COMPETÊNCIAS FISCALIZATÓRIAS (ANATEL, SENACOM E CADE)

39. As disposições do projeto de regulamentação que pretendem instituir competências fiscalizatórias para determinados órgãos e entidades padecem de um pecado original: ou bem elas se limitam a reproduzir competências já decorrentes das respectivas leis de criação – o que não seria imune a críticas, como se verá – ou elas são absolutamente inválidas. Isso porque o decreto não constitui veículo normativo adequado para a criação de competências para órgãos ou entidades da Administração. Ao contrário, a matéria é submetida à reserva de lei formal, cuja iniciativa deve ser do Chefe do Poder Executivo (CF/88, art. 61, § 1º, II, *a*). O ponto não é controverso, sendo uma decorrência necessária da exigência de ato legislativo para criar ou autorizar a criação das próprias estruturas e dos seus respectivos cargos:

"Competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade. (...) O elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da capacidade no direito privado. Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas. No direito público há um plus em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade dentro da esfera que a lei traçou. Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente"²¹.

"Não há agente público titular de competência ilimitada. Isso deriva, em primeiro lugar, do fato de que a competência administrativa estatal obedecer ao princípio da legalidade, o que significa a ausência de competência além dos limites da lei. Isso não impede que a discriminação das competências criadas e distribuídas por lei seja regulamentada por

²¹ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 2014, pp.106-7.

meio de atos administrativos"²².

40. Afinal, não faria sentido que se exigisse lei para instituir determinado órgão ou autarquia e, na sequência, fosse possível modificar, ampliar ou restringir a sua destinação por mero ato infralegal. Na prática, a exigência de norma primária seria esvaziada, convertendo-se em uma casca vazia passível de ser preenchida segundo as conveniências circunstanciais da Poder Executivo. Justamente ao contrário, é o legislador que desenha os órgãos e entidades da Administração, definindo suas atribuições, a remuneração de seus agentes e os tipos de controle que devem incidir. Essa é, sem exagero, uma das franjas mínimas da legalidade administrativa.

41. Por essas razões, o projeto de decreto não poderia criar novas competências. Ainda que se queira imaginar que o ato estaria se limitando a sistematizar competências já existentes, os problemas subsistem. Com efeito, a menção genérica à atuação desses órgãos e entidades é desprovida de qualquer função regulamentar, que deveria produzir maior clareza e detalhamento a respeito de obrigações legais anteriores. O que se tem aqui, ao contrário, é um aparente cheque em branco para que as referidas estruturas atuem na regulação da internet. O resultado dessa vagueza é uma evidente violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, estimulando-se a atuação estatal desprovida de base em lei e de critérios pelos quais se possa aferir a sua legitimidade. Vale dizer: exatamente o oposto do propósito a que se destina um decreto de regulamentação.

42. A atribuição de competências à ANATEL merece um comentário adicional, pela importância do ponto e pelo maior detalhamento do projeto de decreto nessa parte. Vale transcrever o artigo pertinente:

“Art. 15. A Agência Nacional de Telecomunicações ficará responsável por regular os condicionamentos às prestadoras de serviços de telecomunicações e o relacionamento entre estas e os prestadores de serviços de valor adicionado, fiscalizar e apurar as infrações, assim como coibir violações a seus direitos e comportamentos prejudiciais à competição, nos termos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.”

²² Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 2014, p. 401.

Parágrafo único. A Agência ficará também responsável pela fiscalização e apuração de infrações referentes à proteção de registros de conexão”.

43. Ao contrário do que o projeto parece sugerir, a atribuição legal da agência não inclui qualquer competência para regular a atuação dos provedores de serviços de valor adicionado, que, por expressa determinação legal, são excluídos do conceito de serviços de telecomunicação:

Lei nº 9.472/1997 (Lei da ANATEL)

“Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações”.

44. Vale dizer: nos termos da legislação de regência da ANATEL, os provedores de aplicação não prestam serviços de telecomunicações. Em vez disso, são usuários de tais serviços, que fornecem o suporte a suas atividades. Para usar uma analogia, pode-se dizer que a função da ANATEL é zelar pela qualidade das estradas em que circula a comunicação, não o de fiscalizar a atuação de quem trafega. Tal constatação recomenda fortemente que se altere o *caput* do art. 15 proposto, explicitando que as eventuais *infrações* a serem apuradas pela Agência somente podem dizer respeito à atuação das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações. O mesmo raciocínio aplica-se ao parágrafo único do dispositivo, cuja aplicação teria de ficar restrita aos registros de conexão armazenados por essas mesmas empresas. Também aqui, em suma, o projeto de decreto padece de vagueza e dubiedade incompatíveis com a destinação constitucional do poder regulamentar.

IV. CONCLUSÃO

45. Eram essas as considerações que se pretendia levar ao conhecimento do Ministério da Justiça, louvando novamente a inspiração democrática subjacente à realização da consulta à sociedade. O Marco Civil da Internet foi um enorme avanço na disciplina das múltiplas relações travadas no âmbito da internet, sendo o resultado de um processo deliberativo particularmente rico e aberto. Não apenas pela grande quantidade de audiências públicas que precederam a sua edição, mas, sobretudo, pela incorporação do debate pela opinião pública. Nesse contexto, entendemos que o projeto de regulamentação, de enorme importância, não pode resultar na revisão administrativa das decisões políticas assentadas na legislação, espelho de uma sintonia fina entre os diferentes elementos constitucionais relacionados ao tema.

Brasília, 29 de fevereiro de 2016.



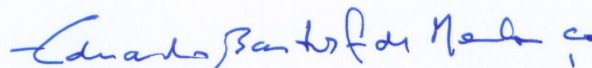
MARIANA CUNHA E MELO

OAB/RJ 179.876



RAFAEL BARROSO FONTELLES

OAB/RJ 119.910



EDUARDO MENDONÇA

OAB/RJ 130.532