

Direito Fundamental à Participação na Sociedade da Informação

Fundamental Right to Information Society Participation

Jorge Di Ciero Miranda¹

Resumo

Por meio do artigo defende-se a participação na sociedade da informação como direito fundamental. Identifica em que consiste o conteúdo jurídico da expressão "sociedade de informação" discorrendo sobre a sua natureza, limites e origem. Busca identificar seu conteúdo, classificá-lo quanto à função e identifica seus titulares. A visão ampliada dos direitos fundamentais importa no desenvolvimento da ideia de que se agrupam sob essa categoria todos aqueles que decorrem do próprio sistema, e não apenas os que se encontram topologicamente lançados na Constituição sob esse título. Apresenta o mecanismo de afunilamento como instrumento hermenêutico para revelar a norma de direito fundamental do caso concreto. Explora de que modo o reconhecimento do direito fundamental à participação na sociedade da informação repercute nas relações privadas e qual o papel do estado para torná-lo efetivo. A abordagem metodológica envolve aspectos sociais, no que se refere a subsídios quantitativos sobre os instrumentos disponíveis de ingresso nessa sociedade da informação, está presente também a crítica jurídica no sentido de se identificar o posicionamento atual da jurisprudência e doutrina acerca da matéria, subsidiando o enfrentamento de casos concretos. A pesquisa bibliográfica e documental torna a exposição descritiva e exploratória. A coleta de dados na internet e em revistas jurídicas pretende trazer atualidade ao tema. O estudo comparado permite extrair a dimensão global do problema e a pesquisa na jurisprudência nacional, inserir o objeto de estudo no contexto regional.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da informação; Direito Fundamental à inclusão; Força executiva Judicial.

Abstract

This essay advocates the participation in the information society as a fundamental right. Identifies what constitutes the legal content of the term "information society" by addressing its nature, limits and origin. Seeks to identify their content, classify it as the function and identify their holders. The broad view of fundamental rights matters in the development of the idea that are grouped under this category all those arising from the system itself, not just those that are topologically launched in the Constitution under that title. It presents the bottleneck mechanism as a hermeneutical instrument to reveal the standard of fundamental rights of the individual case. Explores how to recognize the fundamental right to participate in the information society resonates in private relationships and the role of the state to make it effective. The methodological approach involves social, with regard to quantitative subsidies on available ticket instruments that the information society, is also present legal review in order to identify the current position of jurisprudence and doctrine on the matter, supporting the coping concrete cases. The bibliographical and documentary research makes descriptive and exploratory exposure. Data collection on the Internet and in legal journals aims to bring the issue today. The comparative study allows to extract the global dimension of the problem and research in national jurisprudence, insert the object of study in the regional context.

KEYWORDS: Information society; Fundamental Right to inclusion; Judicial Enforceability.

1. Introdução

A globalização como fenômeno que incrementou mecanismos de informação e promoveu nova forma de organização econômica institucional, chamou a atenção para a importância da qualificação intelectual e laborativa adaptada a esse novo modelo de modo a evitar a exclusão como elemento economicamente ativo. Conforme destaca José

¹ Juiz de direito da 4ª vara de delitos de tráfico de Fortaleza. Doutorando pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Eduardo Faria, seus impactos são sentidos mais fortemente a partir da década de 80 e promovem outras rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo estado social, no século XX².

² FARIA, José Eduardo. Direito e Globalização Econômica. Implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros. 1996

A formação de blocos econômicos – como aconteceu em comunidades supranacionais, a exemplo da União Europeia – só foi viável graças à integração tecnológica que lhe serviu de plataforma. Esses blocos sinalizam a necessidade de que o Brasil esteja em condições de participar qualificadamente desse processo, sob pena de renunciar a sua capacidade de se autodeterminar, comprometendo sua soberania.

Como se não bastasse essa ameaça frontal ao fundamento da República previsto no artigo 1º, I da CR/88, além dos princípios independência nacional e autodeterminação dos povos vê-se que o fenômeno atinge também a própria forma de organização empresarial, conforme destaca Castells³ quando discorre sobre o movimento de reorganização das empresas que abandonam o modelo fordista e são estruturadas verticalmente para tecerem uma rede flexível de produção que não tem mais como objetivo condicionar as demandas do mercado à sua capacidade de produção, mas servir-se das demandas específicas exigindo maior flexibilidade e qualificação diferenciada dos trabalhadores que participam desse processo.

O tema não é muito explorado pela doutrina e jurisprudência, pelo menos no sentido em admitir a participação na sociedade da informação como direito fundamental. Humberto Ávila (2009) procura afastar a ideia de que a Constituição Brasileira de 1988 poderia ser qualificada como modelo exclusivo de princípios, tampouco seria “arquétipo único de regras”, resistindo à tendência exagerada em definir todo direito como fundamental.

No aspecto do desenvolvimento tecnológico, nota-se o esforço brasileiro em não ficar defasado e assumir o protagonismo do progresso dentro de suas fronteiras, essa pretensão fica patente em algumas situações que se pode exemplificar com a criação de um sistema próprio de transmissão de sinais de televisão (PAL-M), com a regulamentação do cinturão digital⁴ e o marco civil da Internet⁵.

A hipótese é de que a participação na sociedade da informação é direito fundamental e não se circunscreve à garantia de acesso à internet, mas também aos instrumentos tecnológicos e informacionais necessários para viabilidade do exercício

³ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

⁴ Portal Brasil. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura>. Acesso em: 29 de maio 2015.

⁵ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm.

dos direitos previstos no artigo 5º, IX, XIV, bem como nos artigos 205, 206 e 218, todos da CR/88.

A educação, assegurada constitucionalmente, deve desenvolver as capacidades para agir social, econômica e politicamente, no entanto, esse esforço não se concretiza sem a inclusão na sociedade da informação. O próprio exercício da cidadania, contemplado no artigo 1º, II da CR/88, está intimamente atrelado ao acesso e discernimento para o uso do aparato tecnológico, alguns serviços públicos só estão disponíveis na grande rede.

Ignorar a necessidade de desenvolver habilidades de captura e produção de informação importa supressão da cidadania, a própria ação governativa reconhece essa realidade conforme se observa do enlace entre governo e tecnologia, a interface do Governo Eletrônico, ou e-GOV, reproduz ambiente virtual onde informações e ferramentas estão disponíveis apenas para os incluídos na era digital.

O acesso a equipamentos, programas e conteúdo importa inclusão social com repercussão política, na medida em que amplia a oportunidade de participação, deliberação coletiva e troca de mensagem. O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão vinculado ao Poder Judiciário utiliza instrumentos tecnológicos com acesso exclusivo pela internet para desempenhar sua função constitucional.

O direito à inclusão digital é de natureza dúplice: negativo, no sentido de impor a abstenção de atos atentatórios contra princípios que inspiraram a criação da rede; mas também positivo, na medida que exige promoção do acesso, por meio de medidas normativas ou fáticas. Pode-se citar a criação de zonas wi-fi ou a disponibilidade de computadores como ações exigíveis para todas as instituições comprometidas com a inclusão tecnológica.

Para alcançar seus objetivos, o artigo baseia-se em autores contemporâneos e estudiosos dos impactos tecnológicos na sociedade Yochai Benkler, Dominique Cardon, Manuel Castells, Pierre Lévy, entre outros e divide-se em três partes, a saber: A sociedade da informação; Direito Fundamental à inclusão; Concretização do direito.

A importância do tema reflete numa mudança de mentalidade, todos os agentes envolvidos na educação formal ou comprometidos com o desenvolvimento econômico serão capazes de perceber que o imperativo da inclusão tecnológica não é apenas uma questão de solidariedade. O resultado do pensamento importa na estruturação de uma sociedade mais apta a perseguir os objetivos fundamentais da

República.

Mas afinal, como reconhecer a sociedade da informação, cuja inclusão se propõe como direito fundamental? Essa é a primeira preocupação sobre a qual se debruça a seguir.

2. A sociedade da informação

Tentando evitar a adjetivação indiscriminada de processos e fatos, quer-se dizer por sociedade da Informação aquela que se organiza priorizando o conhecimento, os dados e a capacidade de relacionar ambos para alcançar os objetivos que elege. É a sociedade das estatísticas e da sujeição da tecnologia às suas pretensões, aquela que detém discernimento e conhecimento suficientes para evitar que aconteça o inverso. Nesse grupo não há alienação do protagonismo do seu destino, há clareza na relação de meio que as ferramentas de processamento de dados e de comunicação devem desempenhar para alcançar o fim de proporcionar melhores condições de desenvolvimento.

José de Oliveira Ascensão⁶ entende que a expressão reproduz um “slogan”, um nome de impacto, na medida em que a revolução tecnológica promoveu novos instrumentos de comunicação, sendo a informação apenas o seu resultado qualificado, resultando que terminologicamente melhor seria dizer sociedade da comunicação, seu objeto, dimensionável.

Mas o processo que caracteriza essa nova forma de organização social, não se limita ao simples conduto natural da história que reconhece novas ferramentas que o progresso traz, ela se identifica exatamente pela capacidade dos seus detentores de se servirem desses instrumentos, para alcançar um fim. Não é a supremacia instrumental que define o bom operador, mas sua capacidade de manejar a ferramenta a sua disposição, demonstrando destreza e habilidade para explorar todas as potencialidades disponíveis, mesmo as implícitas.

Por esse modo que Irineu Barreto Júnior⁷, acrescenta um componente importante no conceito de Sociedade da Informação ao inseri-lo sob uma ótica histórico-evolutiva, além de mencionar os meios de comunicação de massa, a informática e telecomunicações, destaca o surgimento de uma categoria profissional,

⁶ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Estudos sobre Direito na Internet e da Sociedade da Informação. Coimbra-Portugal: Almedina, 2001, p. 87

⁷ BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.) O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62

complexa o suficiente para distingui-la das que a antecederam, voltada à produção e uso da informática para gerar conhecimento e riqueza. Não é qualquer conhecimento ou conteúdo que interessa para distinguir esse tipo de sociedade, mas aquele qualificado pelo resultado, capaz de alcançar utilidade e distribuição através do mercado, convertendo-se em riqueza.

Buscar a extensão do significado da expressão sociedade da informação, em decorrência de seu conteúdo, como fez Adalberto Simão Filho (2007), e não através de uma visão conceitual, promove um afastamento do dogmatismo próprio do direito, mas amplia a capacidade de percepção do evento como fenômeno social e cultural. Outro aspecto relevante que ele destaca é que nessa sociedade há uma “nova forma de se viver”, onde a convergência dos instrumentos de cultura, comunicação individual e de massa se sobrepõem, se complementam. A compreensão da realidade enseja o correto manejo de ferramental complexo e diversificado, negligenciar qualquer deles importa renunciar parcela da inserção no grupo como agente cultural e econômico.

Assim como sociedade industrial, não é apenas uma sociedade onde se encontram indústrias, ensina Castells, mas sim aquela em que “as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade”⁸ até afetar os objetos e hábitos da vida cotidiana; a ‘sociedade informacional’ e ‘economia informacional’ não se restringe a simples observação da importância econômica que o conhecimento representa, ela traduz uma estrutura básica em rede, construído em torno da tecnologia da informação, em presença das infovias e informatização maciça:

As sociedades serão informacionais, não porque se encaixem em um modelo específico de estrutura social, mas porque organizam seu sistema produtivo em torno de princípios de maximização da produtividade baseada em conhecimentos, por intermédio do desenvolvimento e da difusão de tecnologias da informação e pelo atendimento dos pré-requisitos para sua utilização (principalmente recursos humanos e infraestrutura de comunicações). Castells⁹

As sociedades informacionais poderiam ser caracterizadas por uma estrutura social cada vez mais polarizada em que os dois extremos aumentam sua participação em detrimento da camada intermediária. A informação não é apenas um

⁸ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1, p. 267

⁹ CASTELLS, idem p. 268.

insumo da produção, ela é um componente de escalonamento social, um parâmetro de distribuição do status, uma ferramenta que converte a pessoa em cidadão, dotando-o de capacidade de influir politicamente, conquanto possa articulá-la, servindo-se dos equipamentos eletrônicos que a viabilizam.

Etapas seletivas complexas tornam-se binárias para se submeterem à lógica de baixo nível das máquinas. A utilização da informática passa a ser um imperativo na difusão de direitos assegurados, na medida em que o seu exercício exige cada vez mais reconhecimentos biométricos, preenchimentos de formulários e subordinação ao “sistema”. O cruzamento de dados para aferição das condições necessárias ao exercício de direitos tornou capaz a ampliação dos seus detentores, tornando possível alçá-los à efetiva condição de sujeito de direitos.

O advento da sociedade de informação não tem repercussões apenas intra fronteiras, aliás, uma de suas características é a eliminação de barreiras geográficas pela alteração da forma de comunicação, que proporcionou o que genericamente se denominou globalização. Nos dizeres de Maria Vieira¹⁰ a globalização representa a abertura das fronteiras, alta fluidez e volatilidade do capital circulante, informações com velocidade que beiram a instantaneamente, a custo desprezível.

Não passa despercebida a repercussão social e laboral que a nova tecnologia proporciona, conforme destaca Andrade¹¹. Ao mesmo tempo em que deixa evidente sua capacidade de ampliar a lógica do capitalismo, é igualmente eficaz em estimular debates e aglutinar as forças sociais. O ritmo que essas tecnologias impõem, geram, em igual velocidade, processo de exclusão social que segue a mesma lógica de todos os instrumentos que importam empoderamento.

O indivíduo já excluído nos processos convencionais, acaso privado da informação que o capacita a ingressar nesse novo modelo, estará diante de um fosso que se alarga em velocidade sem precedentes, privando-o da condição de ator social. A superação desse estágio de transição exige agente externo que conduza todos aqueles que não foram capazes de se servir dos instrumentos de inclusão e os promova à superação das carências momentâneas. Esta ação externa não é exclusivamente estatal, mas igualmente não pode prescindir dela. No entanto, para

¹⁰ VIEIRA, Maria Margareth Garcia. *A Globalização e as Relações de Trabalho: a Lei de Contrato a Prazo como Instrumento de Combate ao Desemprego*. Curitiba: Juruá, 2009

¹¹ ANDRADE, Everardo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e Pós—Modernidade: Fundamentos para uma Teoria Geral*. São Paulo: LTr, 2005, p. 214.

que o Direito se revele enquanto ciência aplicada, normativa e transformadora há que se dotar de juridicidade o reconhecimento da participação na sociedade da informação como direito fundamental, conforme se demonstra a seguir.

3. *Direito Fundamental à inclusão*

Diz-se direito fundamental aqueles positivados na Constituição, que sofrem os condicionamentos de época e lugar, tem natureza principiológica e função protetora, com abrangência nas relações privadas e com o Estado¹². Tem duas dimensões, formal e material. Segundo Alex¹³ a sua dimensão formal orienta que são direitos fundamentais todos aqueles oriundos diretamente de enunciados normativos inseridos no texto constitucional. É a sua localização no texto constitucional, quando inseridos no título “Direitos Fundamentais”, que torna um direito fundamental, independente de qualquer outro argumento que se possa trazer. Mesmo para Alexy, a norma de direito fundamental só se relaciona ao enunciado que o expressa por intermédio de argumentos racionais, históricos e políticos que o justifiquem.

A dimensão material concebe valores com carga de direito material mesmo pré-constitucional. Não se confundem com direitos naturais já que estes são inerentes ao ser humano, anteriores ao estado independente da legislação, pois a base de todos os direitos fundamentais é a liberdade, que está na essência do ser humano.

Para identificar se um direito é fundamental há antes a necessidade de reconhecer que esse tipo de direito pode estar previsto em qualquer lugar do conjunto de normas materialmente constitucionais que junto com a Constituição de 1988 forma um bloco normativo de nível constitucional.

O bloco de constitucionalidade tem sua origem no direito francês que através de Hauriou, no século XIX cunhou a expressão “bloco de legalidade” para o controle dos atos administrativos. Na França, integram o bloco de legalidade todos os instrumentos normativos previamente definidos e, por esse motivo, é chamado de modelo fechado. No caso são o Preâmbulo (1791) da Constituição francesa de 1958, ela própria e a de 1946. No modelo aberto o conteúdo do bloco de constitucionalidade estaria adstrito às deliberações do Tribunal Constitucional correspondente.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

No Brasil o artigo 5º, §2º da Constituição brasileira, após a Emenda constitucional nº 45, define que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O parágrafo terceiro do mesmo artigo prevê o nível no qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ingressarão no ordenamento nacional e fixa quorum de votação ao distinguir os que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, como sendo equivalentes às emendas constitucionais.

Para sintetizar pode-se dizer que para integrar a Constituição e formar o bloco de constitucionalidade é necessário que o tratado internacional ratificado pelo Brasil verse sobre direitos humanos, seja aprovado em dois turnos, com votação de três quintos em cada Casa.

As normas internacionais com status supralegal servem de referência para controle de convencionalidade. As demais que foram submetidas a ratificação com quorum qualificado, integram a constituição e, por esse motivo, fornecem elementos para controle de constitucionalidade (e não de convencionalidade). A Conferência de Viena sedimentou a ideia da indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais não são direitos subjetivos, no sentido de prerrogativa ou faculdade juridicamente protegido, integram a 3ª geração de direitos que são os transindividuais não sindicáveis. No caso do Brasil, exceção feita ao ensino fundamental, por força do contido no artigo 208 da Constituição.

No direito norte-americano a expressão *civil rights* (direitos civis) refere-se apenas aos direitos individuais. Não se deve identificar direitos fundamentais com direitos da personalidade, tidos como aqueles essenciais para desenvolvimento do indivíduo na esfera privada.

As garantias fundamentais são mecanismos de proteção do direito fundamental, assumem caráter instrumental e assecuratório desse último e com ele não se confundem. Garantias institucionais, visam assegurar instituições que viabilizam os direitos fundamentais. As garantias constitucionais **gerais**, são mecanismos *a priori*, como os princípios reguladores do processo e as **especiais**, são mecanismos *a posteriori*, se caracterizam pela intervenção das autoridades competentes visando corrigir ilegalidade ou abuso de poder, são exemplos de garantias constitucionais especiais os remédios constitucionais. A rigor, só há dois direitos fundamentais:

liberdade e igualdade, a vida surge como pressuposto do direito.

Para Dworkin¹⁴ as normas são do tipo regras (*rules*) e princípios (*principles*), estes últimos se distinguem em valores fundamentais e políticas públicas (*policies*). O conteúdo da norma expresso pela sua literalidade, não deve ser visto como valor, mas como regra, não se deve perseguir o que é bom, mas o que é correto. Ainda segundo Dworkin há uma integridade do sistema que o intérprete deve ser capaz de compreendê-la oferecendo a resposta correta.

As normas sociais são princípios constitucionais e desse modo, comandos de otimização; não há como se admitir graduação, já que todos os comandos devem ser perseguidos no seu grau máximo. A relação entre o indivíduo como sujeito ativo de prestações positivas e o Estado como sujeito passivo, não se encerra na simplória relação de direito e dever. Na definição de Humberto Ávila, normas sociais são:

Imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁵

Não se pode confundir a ação a ser implementada pelo Estado, contida na expressão de direito fundamental, com o objeto pretendido no caso concreto pelo beneficiário, isso importa dizer que o bem perseguido por alguém que demanda direito social deve ser almejado pela implementação de políticas públicas que respeitem a capacidade material do Estado.

Os Direitos sociais indicam o caminho que o Estado deve seguir, evitando o retrocesso. Nisso consiste sua eficácia. Os direitos sociais no Brasil vem sendo tratados como direitos subjetivos, poderes subjetivos, como se o destinatário se constituísse num microestado soberano. O direito social não é um direito subjetivo, a expressão de Bobbio que distingue o “direito que se tem e o que se gostaria de ter” condensa a necessidade de confronto entre as pretensões do particular e a capacidade operacional do Estado em transformar expectativas em políticas públicas e essas em prestações individuais.

Direitos Sociais ensejam prestações positivas do Estado, são um porvir, algo a implementar, aquele cuja busca e realização se faz no mesmo instante em que se

¹⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. (Taking rights seriously). Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007

¹⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70

concretiza. Utilizando a análise de Barzotto¹⁶ deduz-se que os direitos sociais surgem somente depois de se produzirem normas válidas, as pessoas gostariam de tê-los, mas enquanto não convencerem aqueles que tem o poder de positivar o direito, eles permanecem apenas como “coisas desejáveis”

4. Concretização do direito

Com o pós-positivismo e o constitucionalismo democrático deram-se condições favoráveis para discussão da justiça dentro do direito. Instauram-se duas formas de ver a relação entre o Estado e a Constituição e o papel do Judiciário diante dela: o substancialismo e o procedimentalismo.

No substancialismo a Constituição passa a ser instrumento da ação estatal na realização dos objetivos previstos em seu próprio texto, convola-se em meio e fim do Estado. A ele “se acopla o conteúdo material das constituições, pela via dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade”¹⁷. Seus maiores defensores são Ronald Dworkin e Mario Cappelletti¹⁸. Para essa corrente, a Constituição funciona como horizonte normativo da ordem social e da política democrática, o Judiciário assume papel relevante na garantia dos direitos e na contenção das majorias esmagadoras, atua como guardião dos direitos jurídicos e morais que decorrem da tradição e do arranjo político-social. Há uma interpretação construtiva do direito no sentido de promover a realização dos direitos fundamentais sociais e emprestar completude à Constituição que alcançou dimensão dirigente-compromissária-valorativa-principiológica, conforme expressão cunhada por Lenio Streck.

No procedimentalismo a distinção entre política e direito reserva ao Judiciário relevância exclusiva no sistema jurídico, seus expoentes Habermas¹⁹ e Garapon²⁰. Em Habermas a pretensão dos Tribunais Constitucionais para definir de que modo

¹⁶ BARZOTTO, Luis Fernando; MACINTYRE, Alasdair. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. Revista da Procuradoria Procuradoria-Geral do Estado, p. 137, 2005

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. Novos estudos jurídicos, 2008. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mario. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1988

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Democracia e Direito entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁰ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

se dá a concretização dos valores materiais previstos na Constituição importa transposição indevida das suas atribuições. Os críticos do substancialismo imputam à teoria o desestímulo que promove no comprometimento social para edificação desses valores, menosprezando mecanismos democráticos, por vezes assimétricos. Para essa corrente, o Tribunal Constitucional deve apenas assegurar processo de criação democrática do Direito.

Em matéria de direito à informação e inclusão digital, a expressão substancialista sugere a esse ramo do direito a função de ordenador ou regulador das relações do homem com o seu meio, infiltra-se em outros domínios, público e privado, horizontaliza-se, atrai para o Judiciário a possibilidade de interferir nos seus conflitos. Essa interferência não se dá de modo aleatório, existe um fundamento de ordem material que é o reconhecimento de que se trata de um direito fundamental, transindividual de terceira geração, concebido no modelo brasileiro onde vige o princípio da inafastabilidade que consiste na vedação à exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (CR/88 art. 5º, XXXV).

Essas duas previsões constitucionais induzem à crença de que o ativismo está fundamentado no ordenamento. A postura ampliativa do rol de direitos sociais inserido na Constituição sugere viés favorável à política condutora da economia e de implementação de políticas de inclusão através de ações afirmativas estatais que muitas vezes são repelidas com argumentos jurídicos para ocultar evidente mascaramento ideológico de subverter a proposição ampliativas dos direitos sociais e a afirmação do papel proativo do Poder Judiciário.

A constitucionalização teve o condão de combinar elementos formais e materiais do Direito na promoção da luta política, as disputas que antes aconteciam apenas nas “ágoras” e na antessala das casas legislativas encontram uma nova arena nos fóruns e novas armas representadas pelo direito subjetivo, processo, e jurisprudência.

Esse novo cenário aumenta o risco da generalização da semântica dos direitos fundamentais contra o qual deve-se aplicar com sistematização a hermenêutica constitucional para evitar a indesejável distorção de converter o julgador em criador de direito, superando o mito de legislador negativo. Favorece ainda a evolução da consciência cidadã para que se faça de maneira ativa e organizada, consciente dos meios e potencialidades que o acesso à justiça representa.

Por óbvio que a expansão do protagonismo institucional e político dos tribunais

nos processos decisórios nem sempre desejável por representar judicialização da política, mas se faz necessária todas as vezes que a representatividade e os fundamentos republicanos estiverem ameaçados. A ampliação da participação dos juízes nos processos decisórios próprios da discricionariedade legislativa e executiva convertem as lutas sociais em direitos subjetivos e as relações sociais em litígios contingenciados pelos estreitos limites da lide.

Esse fenômeno atrai para o Judiciário volume de demanda que é incapaz de solucionar pela sua estrutura inapta para esse tipo de enfrentamento. A judicialização da política assume conotação negativa na medida em que coloniza do mundo das relações sociais pelo Direito, quando transfere o eixo decisório para o Judiciário, mesmo sem a subordinação necessária aos limites que o orçamento público impõe.

No aspecto político há perda da soberania popular, pela imposição de entendimento obtido em composições recursais que nem de perto lembram o amplo espectro de discussões que se pode alcançar nas elaborações legislativas, contribuindo assim para o descrédito dos outros dois poderes e acomodação da sociedade para garantir direitos individuais coletivos e difusos. Ativismo importa na autoampliação dos poderes e competências conferidos ao órgão julgador, importa na invalidação de decisões de outros Poderes, é atuar politicamente sem submeter-se à liturgia que é própria desse papel, promovendo-se a intérprete moral da sociedade, na condição de detentor da razão última, aquela que há de prevalecer independente das opiniões em contrário.

Mesmo ciente dos riscos da intervenção judicial, não se pode prescindir da judicialização do conflito porque é ferramenta necessária ao preenchimento de lacunas do poder com garantia da ordem constitucional, limitação de casuísmos do legislador e do administrador, ambos suscetíveis às pressões espúrias. Justifica-se ainda para maximização dos direitos e possibilidade promover leitura mais adequada da Constituição, por contemplar a necessidade de respeitar as particularidades do caso concreto e a análise das consequências, na construção de projeto futuro.

Com a garantia de acesso à justiça promoveu-se, ou foi ampliada a eficácia das normas constitucionais, mais particularmente no que se refere a direitos sociais. Os riscos de enfraquecimento dos poderes eleitos e a criação de uma cidadania clientelista, a reboque de barganhas de conveniência, deve ser levado em consideração não apenas pelo Judiciário, mas também pelos dois outros Poderes de

modo a evitar o exclusivismo moral a qualquer deles.

A Constituição Democrática prioriza a dignidade humana e solidariedade social e a inclusão digital é imperativo moderno, proporcioná-la é uma meta e síntese, é um ideal, mas também um valor, objeto a ser alcançado, o ato justo é que produz a igualdade de oportunidade de exercício, deixando para a liberdade a escolha da intensidade. Há condições favoráveis para discussão da justiça dentro do direito e essa realidade não pode ser sonogada sob o pretexto de exclusividade de atribuições, principalmente quando a omissão for resultante de casuísmos de conveniência ideológica.

Nesse contexto de constitucionalização, para o Judiciário assumir o papel de desaguadouro das lutas civis populares e garantidor do núcleo mínimo dos direitos fundamentais era questão de tempo e estrutura, mas não de exclusividade, na medida em que compete ao Poder Público e à sociedade concorrentemente contribuir para a concretização dos fundamentos da República, através de resposta aos problemas da vida. As circunstâncias que dimensionam o problema são capazes de sinalizar a solução mais adequada, desde que se tenha por pressuposto que o fim almejado é a criação de uma realidade que possibilite melhores condições para o exercício das potencialidades do ente social.

Buscar essas condições exige diversidade epistemológica, abertura na análise, evitando restringir-se exclusivamente na jurídica, de modo a compreender que a segurança almejada tem como destinatária a sociedade. Direito é a expressão de quem decide e no cenário atual essa expressão não cabe apenas à lei, ou aos atos administrativos, mas também às decisões judiciais e manifestação social. A escolha que cada um desses atores faz é ato de vontade e de poder na medida em que se tornam fato social, há multiplicidade de atores jurídicos e políticos e o entrelaçamento sistemático de funções institucionais.

5. Conclusão

A participação na sociedade da informação só pode ser assegurada com a inclusão digital que consiste no acesso à internet para viabilidade do exercício dos direitos previstos no artigo 5º, IX, XIV, bem como nos artigos 205, 206 e 218, todos da CF/88. Essa oportunidade é direito fundamental à medida que é instrumento necessário para que o indivíduo seja capaz de promover ação social, econômica e política

A plenitude da cidadania, fundamento da República, está subordinada ao

acesso à ferramenta tecnológica na medida que o próprio Governo se serve desse tipo de plataforma com exclusividade para determinadas operações. Na condição de sujeito econômico vê-se que a privação da tecnologia importa na negação de acesso a crédito e consumo que se fazem com preponderância na grande rede. No que respeita ao social, os instrumentos de comunicação que a grande rede proporciona viabilizam a participação do indivíduo nos destinos da comunidade onde se está inserido.

A inclusão importa identificar que a sociedade da informação importa nova forma de viver, onde os instrumentos de comunicação, políticos e econômicos se sobrepõem e se complementam, seu manejo exige conhecimento e habilidades específicas não transmitidas pelo sistema convencional de educação a que estiveram submetidas as gerações que precederam a revolução tecnológica a que se deu o nome de globalização.

A proposta de igualdade material da Constituição alçou o direito de inclusão na sociedade da informação como fundamental, de função negativa, na medida que impõe a abstenção de restrição de acesso à rede e também função positiva, por exigir ação para promover esse acesso, através de medidas normativas ou fáticas, como a criação de zonas wi-fi ou educação em todos os níveis comprometidos com a inclusão tecnológica.

Tomando-se como direito fundamental a inclusão na sociedade da informação, compete ao Poder Público, por todas as suas expressões assegurar a sua concretização. A Constituição não é apenas descritiva, mas também prescritiva no sentido de estabelecer uma regra, criar parâmetros a ser seguido. As escolhas da lei, do gestor e do juiz não são apenas ato de vontade, pode-se dizer que o âmbito de discricionariedade, numa Constituição analítica como a brasileira, constitui sua menor fração. As funções estatais precisam dialogar com a sociedade e cotejá-los com os objetivos fundamentais, fazendo com que a discricionariedade esteja restrita a uma das respostas constitucionalmente adequada, entre as possíveis.

A implementação de ações visando a concretização de direitos sociais é de difícil mensuração e o concurso da sociedade é promissor para proporcionar a transparência e resposta adequados. Direito que se põe nas diversas situações suportando fortes compressões e o estágio alcançável exige não apenas uma hermenêutica adequada, mas reconhecimento do estágio de desenvolvimento tecnológico e capacidade financeira para execução de políticas públicas.

A ação do Poder Público não importa em imobilismo passivo do destinatário das ações de inclusão, nem tampouco supressão da autonomia e liberdade individual. A soberania popular e cidadania política exigem a implicação da coletividade nos resultados perseguidos.

A Constituição como carta de direitos não apenas organiza o Estado, mas também pauta as prioridades da ação estatal. A ação dos juízes pode representar equilíbrio de força contra a preponderância econômica ou política que determinados grupos dominantes podem exercer na preservação de seus interesses e frustrar ação efetivadora das garantias do direito fundamental à inclusão na sociedade da informação. O Judiciário é o canal que viabiliza a força expansiva da Constituição que se irradia por todo o sistema jurídico, criando marcos referenciais para hermenêutica infra.

Esses marcos referenciais têm ação em todas as relações e devem alcançar eficácia horizontal e vertical, obrigando particulares e Poder Público a admitirem como objetivo conjunto só direitos de terceira geração. O esforço conjunto promove a organização dos princípios que se encontram apenas justapostos sem ordenação prévia, de modo a ordená-los e otimizá-los, através da extração do máximo em cada uma das normas.

Não se deve esperar indefinidamente por uma ação estatal. Toda a comunidade é chamada a agir propositivamente de modo a extrair o máximo de proveito das oportunidades que lhe são oferecidas, somente a ação real do sujeito é capaz de transformar a si mesmo e à sociedade assegurando passaporte para ingresso na sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito na Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra Portugal: Almedina, 2001.

ÁVILA, H. **Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, p. 1–19, 2009. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO AVILA.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO_AVILA.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. **Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica**. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.) **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando; MACINTYRE, Alasdair. **Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética.** REVISTA DA PROCURADORIA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, p. 137, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15.

CAPPELLETTI, Mario. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério. (Taking rights seriously).** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica. Implicações e perspectivas.** São Paulo: Malheiros. 1996

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Democracia e Direito entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Sociedade da Informação e seu Lineamento Jurídico.** In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.) O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo, Atlas, 2007, p. 13.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil.** Novos estudos jurídicos, 2008. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>>. Acesso em: 8 jun. 2015.