

# TECNOLOGIAS E CONNECTIVIDADE

DIREITO E POLÍTICAS NA  
GOVERNANÇA DAS REDES

## ORGANIZADORES

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO  
LUCAS COSTA DOS ANJOS  
LUÍZA COUTO CHAVES BRANDÃO



# **TECNOLOGIAS E CONECTIVIDADE**

DIREITO E POLÍTICAS NA  
GOVERNANÇA DAS REDES

## **ORGANIZADORES**

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO  
LUCAS COSTA DOS ANJOS  
LUÍZA COUTO CHAVES BRANDÃO

---

T255            Tecnologias e conectividade [recurso eletrônico]: direito e políticas na governança das redes / Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos, Luiza Couto Chaves Brandão, organizadores. – Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018.  
523 p.: il. – Inclui bibliografias.

ISBN: 978-85-94202-01-7

1. Direito Internacional. 2. Internet. 3. Direito Econômico.  
4. Cibercultura 5. Globalização  
6. Propriedade intelectual 7. Direito à privacidade I. Polido, Fabricio Bertini Pasquot II. Anjos, Lucas Costa dos III. Brandão, Luíza Couto Chaves IV. Título

CDU(1976) 34:007

---

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

Projeto gráfico: André Oliveira

Capa: Samira Motta, André Oliveira

Diagramação: André Oliveira

Produção Editorial: Instituto de Referência em Internet e Sociedade

Revisão: Luíza Brandão

Finalização: André Oliveira



# TECNOLOGIAS E CONNECTIVIDADE

DIREITO E POLÍTICAS NA  
GOVERNANÇA DAS REDES

## ORGANIZADORES

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO  
LUCAS COSTA DOS ANJOS  
LUÍZA COUTO CHAVES BRANDÃO

Organização :



Apoio:



# ORGANIZADORES

## Fabrizio Bertini Pasquot Polido:

Fundador do Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ('magna cum laude', 2010) e Mestre pela Università degli Studi di Torino, Itália. Foi também pesquisador visitante – nível Pós-Doutorado – do Max-Planck Institute for Comparative and International Private Law em Hamburgo, Alemanha em 2012. Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito, na mesma instituição. É membro do Comitê de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual da International Law Association (ILA), da Sociedade de Direito Internacional Econômico e da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Coordenador do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual, da Universidade Federal de Minas Gerais (GNet-UFMG) e Membro do Observatório Brasileiro de Direito Internacional Privado – Brazilian PIL Watch. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e exterior. Com o IRIS, tem desenvolvido pesquisas colaborativas envolvendo temas do direito internacional, cooperação internacional e direito de internet.

## Lucas Costa dos Anjos:

Fundador e Conselheiro Científico do Instituto de Referência em Internet e Sociedade, é Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É também Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN (Centro de Direito Internacional). Foi bolsista CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e estagiário docente dos cursos Relações Econômicas Internacionais, Ciências do Estado e Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado, é também membro da Associação Brasileira de Relações Internacionais (ABRI).

## Luíza Couto Chaves Brandão:

Diretora do Instituto de Referência em Internet e Sociedade, graduada e mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com experiência na Universidade de Ciências Aplicadas de Schmalkalden (Alemanha) e na Universidade de Genebra (Suíça). Membro do Grupo de Estudos em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet).



# SUMÁRIO

**PREFÁCIO** ..... 12

**ARTIGOS COMPLETOS** ..... 14

GRUPO DE TRABALHO 1

**GOVERNANÇA DA INTERNET:** ..... 14

JURISDIÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESAFIOS  
INTERNACIONAIS

ENTRE O DIREITO E A FORÇA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: BLOQUEIO JUDICIAL DO WHATSAPP E ADI Nº 5.527 ..... 15

GOVERNANÇA, POLÍTICAS PÚBLICAS E ACCOUNTABILITY NOS PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAIS  
BRASILEIROS ..... 31

O JUDICIÁRIO COMO ATOR REGULADOR DA INTERNET: UMA ANÁLISE DA CONJUNTURA DAS DECISÕES DE BLOQUEIO DO  
WHATSAPP ..... 46

OS PROGRAMAS DE SURVEILLANCE EXTRATERRITORIAL E O DIREITO GLOBAL À PRIVACIDADE ..... 58

OS PROBLEMAS JURISDICIONAIS DA INTERNET E A ARBITRAGEM COMO MEIO EFICIENTE DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS  
NO COMÉRCIO ELETRÔNICO ..... 72

POLÍTICA DE INFORMAÇÃO PARA A INTERNET: REGULAÇÃO DO ZERO-RATING NA UNIÃO EUROPEIA ..... 87

GRUPO DE TRABALHO 2

**ASPECTOS ECONÔMICOS DAS  
NOVAS TECNOLOGIAS:** ..... 102

REDES DESCENTRALIZADAS, ECONOMIA DE  
COMPARTILHAMENTO, NEUTRALIDADE E INOVAÇÃO

A ESTRATÉGIA DA UBER NO BRASIL: A INFORMAÇÃO COMO FATOR PRODUTIVO E O TERRITÓRIO COMO RECURSO DA EM-  
PRESA ..... 103

BLOCKCHAIN: DOS CONCEITOS ÀS POSSÍVEIS APLICAÇÕES ..... 119

ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO E NOVAS TECNOLOGIAS: O CONFRONTO ENTRE MODELOS DE NEGÓCIOS ..... 133

MERCADOS DE PLATAFORMA E EXTERNALIDADES DE REDE: UMA ABORDAGEM ECONÔMICO-JURÍDICA DA NEUTRALIDADE DE  
REDE ..... 149

O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DA REDE À LUZ DA CIBERCULTURA ..... 160

SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL ALINHADO À ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO ..... 172

GRUPO DE TRABALHO 4

## NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO:

TRIBUTAÇÃO ONLINE, E-COMMERCE, CLOUD COMPUTING E STREAMING

186

NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO TRIBUTÁRIO: A TRIBUTAÇÃO COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO OU ENTRAVE AO COMÉRCIO ELETRÔNICO?	187
O TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS NA INTERNET	203
O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DA "CLOUD COMPUTING"	216

GRUPO DE TRABALHO 5

## CYBERSEGURANÇA:

CRYPTOGRAFIA, ANONIMATO, PROTEÇÃO DE DADOS E CYBERESPIONAGEM

228

A PROTEÇÃO DE DADOS EMPRESARIAIS NA COMPUTAÇÃO EM NUVEM	229
CHALLENGES TO EXPORT CONTROLS ON INFORMATION AND COMMUNICATIONS TECHNOLOGY	244
HACKTIVISMO COMO FORMA DE PROTESTO	259
TUTELA JURÍDICA DA PRIVACIDADE, ANONIMIZAÇÃO DE DADOS E ANONIMATO NA INTERNET	272

GRUPO DE TRABALHO 6

## CONECTANDO O PRÓXIMO MILHÃO:

POLÍTICAS DE EXPANSÃO DE CONECTIVIDADE, ACESSO E INCLUSÃO DE GRUPOS MARGINALIZADOS

286

#INTERNETJUSTA OU #INTERNETSOBATAQUE GOVERNANÇA E DESAFIOS DA CONECTIVIDADE NA INTERNET	287
A CAPILARIZAÇÃO DAS REDES DE INFORMAÇÃO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO PELO SMARTPHONE	298
CONECTANDO AS PRÓXIMAS 3 BILHÕES DE PESSOAS À INTERNET: ACESSIBILIDADE EM CONFRONTO COM A NEUTRALIDADE DA REDE	311
JOGOS DIGITAIS E INCLUSÃO SOCIAL	324

## DEMOCRACIA DIGITAL, POLÍTICA E APLICAÇÃO DAS LEIS ELEITORAIS NAS REDES DIGITAIS

338

A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR VIRTUAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO DEBATE PÚBLICO DE REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET NO PENSANDO O DIREITO	339
AS JORNADAS DE JUNHO DE 2013 E O IMPACTO DAS NOVAS MÍDIAS SOCIAIS NA DINÂMICA DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL E NO GOVERNO REPRESENTATIVO	351
CROWDFUNDING: FINANCIAMENTO COLETIVO DE CAMPANHAS ELEITORAIS	366
DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO: POR UMA LEITURA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES	382
LOBBY DIGITAL E A REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET	394
O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E AS REDES SOCIAIS NAS ELEIÇÕES DE 2016	411
ROBÔS A SERVIÇO DAS ELEIÇÕES: INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NA PROPAGANDA ELEITORAL	431

## DIREITOS DE AUTOR:

444

EROSÃO DE PARADIGMAS  
E OS NOVOS DILEMAS DA INTERNET

ANÁLISE COMPARATIVA DA PROTEÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS E A PRODUÇÃO DE CONTEÚDO E RIQUEZA NA INTERNET	445
IMPLICAÇÕES LEGAIS DE PARÓDIAS E REGRAVAÇÕES EM SÍTIOS VIRTUAIS QUE PERMITEM "USER-GENERATED CONTENT"	462
ACESSO À CULTURA NO MEIO DIGITAL VERSUS A ATUAL LEGISLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS	474
O FAIR USE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO YOUTUBE	486
O NETFLIX E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS	501



# PREFÁCIO

Apresentamos aqui os resultados finais dos trabalhos apresentados durante o **II Seminário Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Globalização, Tecnologias e Conectividade**. Realizado entre os dias 27 e 28 de outubro de 2016, em Belo Horizonte, no Auditório da Faculdade IBMEC, o evento é uma parceria entre o Instituto de Referência em Internet e Sociedade - IRIS, o Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação, Propriedade Intelectual da Universidade Federal de Minas Gerais – Gnet - UFMG, e a FGV - Direito SP. Trata-se da continuidade da primeira edição do Seminário, realizada em maio de 2015, ocasião em que foram inauguradas, em Minas Gerais, as discussões sobre a importância e o futuro promissor do então recém-promulgado **Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**.

Acadêmicos especialistas e o público em geral foram convidados a repensar, por meio de seus artigos aqui apresentados, temáticas contemporâneas a respeito da governança da Internet, da construção do Marco Civil como lei e de sua observância pelos tribunais e órgãos governamentais brasileiros. Como o Brasil tem sido pioneiro na consolidação de um marco legislativo conducente ao acesso às tecnologias e à informação no ambiente digital, representado pelo Marco Civil, suas interfaces políticas, culturais, sociais e jurídicas, o II Seminário proporcionou engajamento dos atores relevantes no Estado de Minas Gerais e outras regiões do Brasil; fortaleceu a proposta preexistente de estabelecimento de rede de especialistas de alto nível em questões nacionais e internacionais sobre a regulamentação da Internet; e demarcou a posição brasileira nesse contexto. Avançamos a discussão sobre os temas da liberdade, da privacidade e da democracia, desenvolvidos também em 2015.

O II Seminário Governança das Redes e o Marco Civil ofereceu espaço para que todos participantes relatassem suas experiências relativamente aos temas da agenda de pesquisa interdisciplinar da Internet, suas interfaces domésticas e internacionais e as preocupações apresentadas pela emergência e consolidação das novas tecnologias de informação e comunicação a partir das transformações da realidade social. Abriu-se espaço para compreensão dos fenômenos jurídicos, sociais, culturais e políticos envolvidos nas relações jurídicas transnacionais mediadas pelas redes digitais, e concretizadas em ambientes de novas tecnologias e de inovação. Em suas linhas analíticas e críticas, o Marco Civil foi examinado em distintas feições: desde as múltiplas interfaces com o Direito (Direito da Internet; Direitos da Propriedade Intelectual; Direito da Concorrência, Direito Internacional, Direito Comparado e Direito Privado), passando por olhares da Ciência Política e das Relações Internacionais.

Em tempos de importância cada vez maior da discussão, inovação e formação dos princípios mestres que norteiam a Internet e a Sociedade Global do Conhecimento, o IRIS, o Estado de Minas Gerais, a Universidade Federal de Minas Gerais e demais parceiros reforçaram o projeto para que ele esteja à frente dos estudos e da discussão técnica sobre elementos contextuais da Governança das Redes, em particular a conformação de direitos dos usuários, a otimização das garantias relativas ao uso da internet (liberdade de expressão, privacidade, proteção de dados), gestão equitativa dos direitos de propriedade intelectual no ambiente digital, fomento à inovação e ecossistemas inovadores); e moldagem da formulação e decisões em políticas públicas relativas às novas tecnologias e o papel do Direito nesse quadro mais amplo.



A obra aqui oferecida à apreciação do público reúne as pesquisas aprofundadas dos expositores dos Grupos de Trabalho do Seminário **Governança das Redes e o Marco Civil da Internet**, considerando ter sido essa a estrutura da edição de 2016 do evento, sobre os seguintes temas: governança da Internet: jurisdição, políticas públicas e desafios internacionais; aspectos econômicos das novas tecnologias: redes descentralizadas, economia de compartilhamento, neutralidade e inovação; direitos humanos e internet: liberdade de expressão, discurso de ódio e privacidade; novas fronteiras do Direito: tributação online, e-commerce, cloud computing e streaming; cibersegurança: criptografia, anonimato, proteção de dados e ciberespionagem; políticas de expansão de conectividade, acesso e inclusão de grupos marginalizados; democracia digital, política e aplicação das leis eleitorais nas redes digitais; e direitos de autor: erosão de paradigmas e os novos dilemas da internet. A vasta contribuição dos participantes, suas distintas concepções e abordagens incrementaram mais uma vez o projeto Governança das Redes e o Marco Civil da Internet.

Finalmente, registramos nossa gratidão por ter nosso evento contado com o apoio da **Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG)**, uma das mais importantes agências de fomento brasileiras, e do **Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br)**, entidade responsável por implementar as decisões e os projetos do **Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br)**. Também agradecemos ao **Programa de Pós-Graduação em Direito UFMG**, à **Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito SP**, ao **IBMEC**, à **Secretaria de Casa Civil e de Relações Internacionais do Estado de Minas Gerais**, **Associação Catarinense de Empresas de Tecnologia - ACATE** pela parceria na organização do evento.

Agradecemos, por fim, à equipe do IRIS, a todas as alunas e alunos da UFMG que trabalharam com afinco e dedicação extremas para que este projeto saísse do plano das ideias e passasse a ser realidade. Esperamos sinceramente que essa parceria ganhe mais adeptos nos próximos anos, bem como o engajamento de tantos novos atores que serão responsáveis por um percurso de transformações dos marcos legais, políticos, jurisdicionais e diplomáticos exigidos pela universalização dos princípios da Governança das Redes.

Belo Horizonte, março de 2017.

**Fabício Bertini Pasquot Polido**

**Lucas Costa dos Anjos**

**Luíza Couto Chaves Brandão**

# ARTIGOS COMPLETOS

GRUPO DE TRABALHO 1

## **GOVERNANÇA DA INTERNET:**

JURISDIÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESAFIOS  
INTERNACIONAIS

# ENTRE O DIREITO E A FORÇA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: BLOQUEIO JUDICIAL DO WHATSAPP E ADI Nº 5.527<sup>1</sup>

Lahis Pasquali Kurtz<sup>2</sup>

Victor Araújo de Menezes<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O poder econômico e a confiança depositada pelo público nas empresas de Tecnologia de Informação (TI) fazem com que elas possam seguir um código próprio de conduta e justiça, à revelia da legislação local. Entre os anos de 2015 e 2016, no Brasil, houve situações que colocaram em questão o poder detido pelas empresas de TI e a forma como se relacionam com o Judiciário: em três ocasiões, foram bloqueadas judicialmente as atividades da empresa responsável pelo aplicativo WhatsApp devido ao não-fornecimento de dados sobre seus usuários.

Diante desse cenário, questiona-se: o direito está sendo ameaçado por outras forças na briga entre Judiciário e empresas internacionais de TI? Tendo isso em vista, pelo método dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental (livros, fontes oficiais, notícias), pretende-se testar essa hipótese. Utiliza-se a teoria do direito a fim de analisar se, nesses casos, teria o Judiciário tentado impor a força do direito ao suspender as atividades do WhatsApp.

O trabalho está estruturado em quatro partes. Primeiramente, analisa-se a preponderância dos sistemas jurídicos no contexto da sociedade da informação pelo viés da teoria sistêmica do direito, buscando-se entender de que maneira ele é afetado por fatores sociais e econômicos que lhe são alheios.

Em seguida, faz-se análise de quatro decisões judiciais envolvendo determinações de bloqueios do aplicativo de comunicações WhatsApp, que demonstram esse conflito entre o direito e as empresas transnacionais de tecnologia, tendo em vista o embate jurídico que se deu relativo às questões de preponderância da lei e da possibilidade de colaboração desse tipo de empresa com as investigações judiciais em questão.

Após isso, analisa-se a efetiva redação e contexto legal dos dispositivos do Marco Civil da Internet acerca desse tipo de bloqueio, uma vez que artigos dessa lei foram usados como fundamento em decisões e petições envolvendo esses casos. Pretende-se averiguar se, nos casos analisados, esses artigos foram referenciados de forma contraditória ou equívoca. A hipótese é que a menção à legislação foi feita posteriormente à decisão de adotar as medidas coercitivas, o que conferiu à juridicidade destas um caráter secundário.

Finalmente, traça-se um paralelo acerca da possibilidade real do cumprimento

---

1 Trabalho escrito por pesquisadores integrantes do Grupo de Pesquisa em Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

2 Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, lahiskurtz@gmail.com

3 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, victormenezesx3@gmail.com

das decisões de requerimentos de teor de mensagens particulares envolvendo o aplicativo, tendo em vista não só a aplicação da lei nesses casos, mas também a possibilidade técnica da empresa em se ter acesso a esses dados ou informações relativas a eles.

## 2. SISTEMAS NORMATIVOS NO CENÁRIO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As teorias que tentam descrever o direito sempre enfrentaram problemas frente à realidade. Não obstante, serviam à identificação ou, no limite, à justificação, de algum sistema normativo vigente. Desde a modernidade, o direito vem sendo associado ao Estado, podendo ser identificado como um sistema que opera sobre as expectativas normativas, superando fatos contrários a suas previsões e conectando o presente ao futuro. O conceito de direito abrange a capacidade de manter o presente conectado ao futuro, por meio de uma expectativa de que as normas que são agora vigentes o serão também então<sup>4</sup>.

O direito, sendo um sistema normativo, pode ver-se ameaçado pelos níveis de risco e imprevisibilidade que são instaurados socialmente com a industrialização e, mormente, com o advento de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). A primeira trouxe uma nova magnitude de imprevisibilidade da extensão dos resultados de uma conduta, tornando difícil fazer previsões, no presente, sobre o que se pode esperar que aconteça no futuro. Já as TIC deram ao futuro um caráter incontrolável, abalando o próprio conceito de temporalidade, ao mesmo tempo em que alteraram a percepção territorial, ao conectar imediatamente qualquer ponto do globo.

O risco trazido pela sociedade da informação é, assim, uma ameaça ao direito. Sendo ele um sistema de estabilização de expectativas normativas, que oferece respostas com base em programas normativos minimamente coerentes, torna-se difícil sua organização perante as perturbações causadas pelas diversas comunicações conflitantes com que entra em contato. O direito, na sociedade globalizada da informação, não dá conta de elaborar programas normativos suficientes à valoração entre lícito e ilícito de todas as situações.

Nesse cenário, as empresas de TI entram como sistemas autônomos, forças independentes do direito que operam com base na ideia de lucro ou prejuízo e acabam por ter poder para regular diversas dessas situações conforme seus próprios programas. Sua abrangência é global, pois os usuários que são afetados por suas ações não estão vinculados a um único sistema de direito ou a um território determinado.

A existência, por si só, das TIC, permite que haja empresas extraterritoriais, que operam desde e prestam serviço a múltiplos pontos do globo simultaneamente. As instituições existentes não dão conta de fiscalizar esse tipo de atividade, pois a burocracia governamental, diferentemente da estrutura privada, não dispõe de ferramental para aproveitar-se dessas facilidades de conexão global.

Como destaca Faria<sup>5</sup>, elas encontram dificuldades em atuar nesse âmbito internacional, não conseguem aproveitar-se das comunicações para criar novas estruturas, mais complexas, que abarquem sistemas jurídicos suficientes para interconectar os sistemas nacionais. A extraterritorialidade das empresas na sociedade informacio-

4 LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 175.

5 FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 109.

nal alça-as à condição de uma “onipresença” invisível ao direito. Ao mesmo tempo que fornecem bens estimados pelas populações que alcançam, integrando-se à sociedade, ficam à margem do controle institucional, por não serem elas mesmas alcançáveis perante o aparato governamental.

Com as empresas de TI, especificamente, fenômeno interessante vem acontecendo: a oferta de direitos como parte de seus serviços; a proteção contra abusos de outrem passa a ser um diferencial no pacote adquirido pelo consumidor. De certa forma, instaura-se uma nova relação entre esses usuários e as empresas. Os serviços por essas prestados são vistos como um bem público, quase um direito. Na sociedade informacional, o poder de comunicar-se e a privacidade dessas comunicações está nas mãos de empresas globais.

A proteção do usuário contra o direito local passa a ser colocada como bem ofertado no mercado pelas empresas de TI. Podem elas, de posse dos mecanismos que mantêm esse bem, negar-se a agir conforme as leis locais, tendo a escolha última sobre quando se aplica a lei ou não, sopesando a existência de seu serviço com as imposições legais. Nessa conjuntura, em alguns momentos, pode a soberania sobre quando uma norma será cumprida ou não perder as referências, vez que dependerá do que o conselho diretor dessas corporações decidir acerca dela. Sem compromisso com um histórico de decisões ou com a lei escrita, vez que atuam em diversos países com sistemas jurídicos diversos (e, até mesmo, contraditórios), esse juízo das empresas sobre seguir ou não seguir a lei poderia estar ameaçando a própria estabilidade do sistema normativo.

Assim, o direito, sistema que garantiria a estabilização das expectativas normativas, perderia para uma disputa de forças sem lastro na consistência judicial, uma sociedade de risco, onde a imprevisibilidade vence as expectativas normativas. As empresas de TI, na sociedade da informação, parecem ter o potencial de suspender o direito e instaurar a própria força, apropriando-se do sistema judicial como arena de disputa com o sistema do direito<sup>6</sup>.

O embate entre Judiciário e WhatsApp, nesse contexto, coloca em questão o quanto o direito importou nesses casos – e o papel que as empresas protagonistas da sociedade da informação estão tendo diante dos sistemas legais. Esse é o pano de fundo para a análise feita no presente trabalho.

### 3. CONTEXTO DOS BLOQUEIOS DO WHATSAPP E O QUE DIZ A LEI

A mídia deu enfoque ora à possibilidade de cumprimento da ordem judicial pelo WhatsApp, ora à desproporcionalidade da medida aplicada. O contexto dos bloqueios motivou, inclusive, a ADI nº 5.527, na qual é questionada a constitucionalidade da parte do Marco Civil da Internet (MCI) sobre sanções envolvendo bloqueio de atividades. Porém, não foi apurado se o MCI autorizaria mesmo tal sanção, nem mesmo se a impossibilidade técnica de fornecimento dos dados é real.

Para isso, portanto, analisa-se, à luz do cenário apresentado na seção anterior, o contexto das decisões judiciais que determinaram o bloqueio do aplicativo, as disposições do MCI que foram utilizadas como fundamento nessas decisões e a possib-

---

6 FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107-110.

ilidade fática do cumprimento dessas decisões por parte da empresa que gerencia o aplicativo, tendo em vista as tecnologias utilizadas na criptografia das mensagens.

### 3.1. As decisões judiciais de bloqueio e o argumento por trás da ADI nº 5.527

Iniciou-se, em 2015, uma série de desavenças entre juízes e representantes da empresa WhatsApp, a qual foi oficiada em diversas ocasiões para colaborar com investigações. Foi requerido a ela, em processos criminais na qual não era parte e que tramitavam em sigilo, que realizasse a interceptação de comunicações de réus que estavam sob suspeita de se utilizar do aplicativo como meio de planejamento ou comissão de atos ilícitos. Ante o não-cumprimento dos ofícios, magistrados determinaram o bloqueio geral das atividades do WhatsApp, o que na primeira ocasião não chegou a ser efetivado, mas ocorreu em três situações posteriormente<sup>7</sup>.

A primeira situação ocorreu em fevereiro de 2015, na Comarca de Teresina, no Piauí. O juiz, no decorrer da Ação Penal Pública nº 0013872-87.2014.8.18.0140, ordenou ao WhatsApp o fornecimento de dados envolvendo réus usuários do aplicativo. Com a inércia da empresa, que descumpriu a ordem de fornecer comunicações, o juízo determinou a suspensão de suas atividades, o que acarretaria em bloqueio do funcionamento do aplicativo<sup>8</sup>.

Como o serviço de tráfego de dados desse aplicativo ocorre por meio da internet, o cumprimento da decisão é feito por meio de envio de ofícios às provedoras de conexão - nesse caso, como o dispositivo era usado em *smartphones*, principalmente as que fornecem internet móvel para dispositivos telefônicos. Essas empresas devem, mediante a ordem, suspender o fluxo proveniente dos domínios web pertencentes ao aplicativo.

Assim, ponto interessante é o motivo pelo qual essa primeira decisão não chegou a ser cumprida. Devido ao Mandado de Segurança nº 2015.0001.001592-4, impetrado por três empresas de telecomunicações oficiadas para cooperar com o cumprimento da ordem de bloqueio, o Tribunal de Justiça do Piauí revogou a decisão alguns dias depois. Nas razões da decisão que impediu a suspensão de atividades do WhatsApp, consta que a medida era desproporcional, ineficaz, irrazoável e prejudicial aos usuários do aplicativo, bem como que haveria outros meios menos gravosos de garantir a investigação<sup>9</sup>. O texto decisório ainda cita autos de outro processo, nº 007620-68.2014.8.18.0140, em que houve ordem semelhante, questionada igualmente e decidida por este julgamento de mandado de segurança<sup>10</sup>.

Em dezembro de 2015, no procedimento de Interceptação Telefônica nº 0017520-08.2015.8.26.0564 da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, São Paulo, onde havia a apuração da prática do crime de tráfico de drogas, houve o primeiro bloqueio efetivado, que teve uma duração de quase 12h<sup>11</sup>. Na ocasião, a empresa fora, novamente, no-

7 G1. WhatsApp bloqueado: Relembre todos os casos de suspensão do app. G1, 19 jul. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>> Acesso em: 8 out. 2016.

8 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Tribunal de Justiça do Piauí. **Mandado de Segurança nº 2015.0001.001592-4**. Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar. Teresina, 26 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150227-03.pdf>> Acesso em: 2 nov. 2016. p. 1-3.

9 Ibidem.

10 Idem. p. 4.

11 BLOQUEIOTECA. **Caso Whatsapp II**: descumprimento de ordem judicial de entrega de dados. Disponível em: <<http://bloqueios.info/pt/casos/bloqueio-por-descumprimento-de-ordem-judicial-de-entrega-de-dados/>> Acesso em: 9 dez. 2016.



tificada duas vezes para fornecer dados, sem atender ao requerimento. Determinou-se o bloqueio do aplicativo, requerido pelo Ministério Público com base no MCI e acolhido pela juíza.

A decisão foi suspensa por uma liminar proferida no Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26, desta vez impetrado pela própria empresa interessada. Isso foi feito sob o fundamento de que a medida era desproporcional e de que era possível cumprir a ordem de outras maneiras.<sup>12</sup>

Na confirmação do deferimento do remédio constitucional, os julgadores concordaram que a medida de bloqueio devia ser cassada por ser desproporcional, bem como porque não havia violação ao MCI, e acrescentaram que “o funcionamento da empresa deve sujeitar-se à soberania nacional do Brasil e pautar-se de acordo com as normas legais que regem a ordem econômica, as relações de consumo, a ordem tributária e as demais normas locais”<sup>13</sup>. O judiciário, por meio dessa decisão, reconheceu-se ameaçado pela conduta da empresa responsável pelo aplicativo, a qual recusou-se a cumprir a determinação proveniente de órgão oficial.

Em maio de 2016, na Vara Criminal de Lagarto, no Sergipe, nos autos do processo da Ação Penal nº 201655090027, voltou a haver descumprimento de ordem judicial determinando que o WhatsApp fornecesse informações de réus que utilizavam o aplicativo, tendo em vista o processo anterior nº 201555000783, que corre em segredo de justiça. O bloqueio, com fundamento nos arts. 11, 12, 13 e 15, caput, §4º, MCI, durou aproximadamente 24h<sup>14</sup>, sendo que o Tribunal de Justiça de Sergipe revogou a ordem posteriormente<sup>15</sup>.

Em julho de 2016, na 2ª vara criminal da comarca de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, nos autos do Inquérito Policial nº 062-00164/2016, ocorreu novo bloqueio, também motivado pelo não cumprimento da quebra de sigilo e interceptação telemática das mensagens compartilhadas no aplicativo.

Neste caso, a empresa, em resposta à ordem judicial de fornecimento de comunicações de seus usuários, requereu ao juízo informações sobre a natureza da investigação e do crime como condição de análise sobre o cumprimento da ordem judicial. Fazendo alusão aos artigos 7º, III, art. 10, § 1º e art. 11, § 1º, 2º e 3º do MCI, que tratam sobre a soberania da legislação nacional a provedores de aplicações, a magistrada aplicou a pena de suspensão das atividades do aplicativo, que foi bloqueado durante aproximadamente 4h. Conjuntamente, aplicou multa diária de R\$ 50.000,00 até o fornecimento das mensagens solicitadas, bem como remessa dos autos para autoridade policial tendo em vista instaurar procedimento contra o representante legal da empresa *Facebook* (a qual adquiriu o *WhatsApp* e, por ser sediada no Brasil, enquanto o outro aplicativo só possui sede estrangeira, responde por esse em juízo)<sup>16</sup>.

12 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000**. Decisão liminar. Rel. Des. Xavier de Souza. São Paulo, 17 dez. 2015. Disponível em: <[http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2015/tjsp\\_22714627720158260000\\_17122015.pdf](http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2015/tjsp_22714627720158260000_17122015.pdf)> Acesso em: 2 nov. 2016.

13 ASSOCIAÇÃO dos Advogados de São Paulo. Confirmada liminar que mantém atividades do WhatsApp. **Clipping Eletrônico**. 7 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=21422](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=21422)>. Acesso em: 09 dez. 2016.

14 BLOQUEIOTECA. **Caso Whatsapp III: descumprimento de ordem judicial de entrega de dados**. Disponível em: <<http://bloqueios.info/pt/casos/bloqueio-por-descumprimento-de-ordem-judicial-de-entrega-de-dados-whatsappiii/>> Acesso em: 9 dez. 2016.

15 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Mandado de Segurança nº 201600110899**. Decisão liminar. Rel. Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima. Aracaju, 3 mai. 2016. Disponível em: <[http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tjse\\_201600110899\\_03052016.pdf](http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tjse_201600110899_03052016.pdf)> Acesso em: 2 nov. 2016.

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Juíza

Ponto a ser ressaltado é que, nessa decisão, não houve qualquer menção aos artigos do MCI que se referem à suspensão ou ao bloqueio de atividades de guarda, tratamento e coleta de informações e registros. Ou seja, a determinação da medida de suspensão de atividades aparenta ter base somente nas poucas decisões anteriores, proferidas em primeira instância e cassadas, sem demonstrar fundamentação no dispositivo legal.

A ausência de fundamento legal gera possibilidade de risco para o sistema do direito, uma vez que se deixa de agir dentro do espectro previsto em lei e passa-se a buscar a própria concepção de “o que é certo” fazer em cada caso. Conforme já narrado, esse tipo de atitude, partindo de um oficial do sistema judicial, pode abalar o sistema de expectativas normativas, pois não há como ter expectativa baseada na norma quando aqueles que a deveriam aplicar ignoram a necessidade de ancorar-se nesse dispositivo para tomar suas decisões.

A decisão proferida nos autos do processo em trâmite na comarca de Duque de Caxias foi suspensa em medida cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental. O ministro Ricardo Lewandowski, na relatoria da liminar nestes autos, referiu-se, como fundamentos, à liberdade de expressão garantida no MCI, bem como à razoabilidade do ato e o poder de cautela do judiciário, que permite a suspensão de decisões cuja matéria tenha alta complexidade técnica – como defende ser o caso da obrigatoriedade ou não de aplicativos como o WhatsApp revelarem comunicações de seus usuários<sup>17</sup>.

Esses casos repercutiram de tal forma que a relação entre esses juízes e a empresa ficou polarizada. De um lado, os magistrados defendiam que o WhatsApp estava afrontando seu poder e que isso simbolizava desrespeito ao judiciário nacional. A empresa, por sua vez, alegava adotar medidas técnicas que impossibilitavam quebra de sigilo por isso ser contra sua política. Por isso, surgiram dúvidas sobre a legislação envolvida, bem como sobre os aspectos tecnológicos.

Observa-se, ainda, que o MCI foi mencionado em quase todos os casos envolvendo o bloqueio, seja como fundamentação nas decisões judiciais, em requerimento por parte do Ministério Público, na suspensão desses bloqueios por parte dos Tribunais de Justiça ou em seus respectivos mandados de segurança. Essa utilização dos dispositivos do MCI tanto para justificar o bloqueio quanto para suspendê-lo indica que existe, no âmbito dos casos estudados, uma ambiguidade na interpretação do que efetivamente está previsto na lei.

Essa dúvida levou ao questionamento da constitucionalidade do MCI, pelo Partido da República, que impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.527 em junho de 2016. O objeto da ação foi o § 2º do art. 10 e os incisos III e IV do art. 12 da Lei 12.965/14, MCI. O objetivo principal da ADI nº 5.527 é “ver declarada a inconstitucionalidade da penalidade de suspensão temporária e de proibição de exercício das atividades, decorrente de descumprimento de ordem judicial por parte da empresa responsável por fornecer mecanismo de troca de mensagens via internet”<sup>18</sup>.

---

Daniela Barbosa Assumpção de Souza. Duque de Caxias, RJ, jul. 2016. Disponível em: <[https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv\\_5ubnFudjUwMm9OZGc/view](https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv_5ubnFudjUwMm9OZGc/view)>. Acesso em: 08 out. 2016.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Decisão liminar. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 jul. 2016. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf> >. Acesso em: 9 dez. 2016. p. 7-8

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527**. Relatora: Min. Rosa Weber. Parecer da



O argumento central da ação é que os dispositivos da lei em questão autorizariam a disponibilização dos conteúdos das comunicações privadas mediante ordem judicial, sob pena de suspensão temporária ou até mesmo a proibição das atividades do aplicativo em caso de desobediência desta regra. Arguem que isso feriria as liberdades de expressão e comunicação e o princípio da individualização da pena, vez que todos os usuários ficariam impedidos de comunicar-se devido a algo pelo qual somente a empresa que oferta o serviço teria praticado<sup>19</sup>.

Os casos de bloqueio tiveram ampla repercussão, gerando interesse da sociedade no assunto de forma geral – bem como a formação de opiniões de forma apresada e sem análise profunda. Considerando a complexidade da matéria da ADI 5.527 e também sua conexão com a discussão ocorrida na ADPF 403, o STF admitiu a atuação de entidades especializadas no assunto tecnologias da informação como *amicus curiae*, delimitando como escopo dois pontos de discussão: a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados e a possibilidade de suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais<sup>20</sup>. Esta decisão foi tomada em despacho no mês de novembro de 2016, para que instituições diferentes possam participar desse debate e que o posicionamento do STF tenha respaldo técnico:

Os participantes serão selecionados, entre outros, pelos seguintes critérios: (i) representatividade, especialização técnica e expertise do expositor ou da entidade interessada e (ii) garantia da pluralidade da composição da audiência e dos pontos de vista a serem defendidos. Como requisito à habilitação, os postulantes deverão demonstrar ser capazes de prestar esclarecimentos, pelo menos, sobre (i) como são operacionalizados os registros de conexão e de acesso a aplicações de internet e (ii) como são processadas as operações de coleta, armazenamento, tratamento e guarda de registros, de dados pessoais e de comunicações privadas, tanto por provedores de conexão quanto de aplicações de internet.<sup>21</sup>

No que toca à prática, há que se considerar a desproporcionalidade de uma sanção que bloqueia, devido ao não cumprimento de uma ordem judicial, o funcionamento de um aplicativo de comunicações utilizado por milhões de usuários. Entretanto, merece maior análise se a motivação dessas decisões realmente é o MCI, ou mesmo se ele autoriza esse tipo de decisão.

O questionamento acerca da legislação, portanto, deve-se à sua aplicação feita pelos juízes, a qual foi considerada inefetiva e abusiva pelo público, que se posicionou favoravelmente aos argumentos de defesa do WhatsApp – impossibilidade de cumprimento da ordem e desproporcionalidade da sanção aplicada. Porém, para verificar a extensão do problema, cabe analisar o que a lei efetivamente permite, para que se possa entender se a sua interpretação de forma ambígua pode ir contra o que está previsto no próprio MCI e no ordenamento jurídico brasileiro – não sendo, assim, caso de inconstitucionalidade da lei, mas de corrupção do sistema do direito, em que o valor lícito/ilícito deixa de importar.

---

Advocacia-Geral da União. Advogado-geral da União: Fábio Medina Osório. Brasília, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/agu-marco-civil-internet.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.p. 2-3

19 Idem. p. 3-4

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527**. Relatora: Min. Rosa Weber. Convocação conjunta de audiência pública e *amicus curiae*. Advogado-geral da União: Fábio Medina Osório. Brasília, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5527.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2016. p. 2

21 Idem. p. 3

## 3.2. Análise das previsões legais de guarda, tratamento e coleta de informações e penalidades aplicáveis

Para esclarecer a questão, é preciso atentar para a redação dos dispositivos envolvidos, pelo que a sua reprodução em alguns trechos do raciocínio aqui desenvolvido é elucidativa. Isso porque a linguagem utilizada é chave no entendimento de como foi introduzida a possibilidade de suspensão e bloqueio de atividades de provedores de aplicação como o WhatsApp, bem como em que casos ela é prevista. Outrossim, a questão da possibilidade jurídica de quebra de sigilo de comunicações *online* também é analisada, por ter sido a motivação inicial de todos os casos e a matéria de fundo que permeia o embate judiciário x sociedade x empresas de comunicação.

Pode-se trabalhar, para isso, com dois cenários: i) o WhatsApp disporia de um histórico de comunicações dos usuários, que ficaria armazenado em seus servidores (o que é tratado faticamente na seção seguinte); ii) o WhatsApp não possuiria registro das comunicações que trata, sendo impossível revelá-las.

Nesta seção, considera-se a hipótese de o WhatsApp dispor de registro de comunicações. Assim, analisa-se a regulamentação de seu fornecimento pelo MCI. O dispositivo assegura o direito de inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas, tanto fluxo quanto as armazenadas, salvo por ordem judicial:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...] II— inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III— inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;<sup>22</sup>

Há, aí, a *possibilidade* legal de fornecê-las, mas não um *dever* propriamente – o que significa que é justificável negar-se a fornecer tais informações, mediante um bom motivo. Deve-se ressaltar que o objeto deste dispositivo é “inviolabilidade e sigilo das comunicações”, e não o fornecimento de tais dados. Como o dispositivo busca claramente proteger o sigilo e inviolabilidade, só se pode considerar essa quebra em situações excepcionais, sendo uma delas mediante ordem judicial. O dispositivo não esclareceu de que forma essa ordem judicial ocorreria ou a quem se dirige, visto que trata de comunicações pela internet, em um inciso, e armazenadas, em outro.

Em complemento a esse dispositivo, tem-se a seção II da lei, intitulada “Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”, que abarca os arts. 10, 11 e 12, também importantes à análise. O art. 10 relaciona-se diretamente ao art. 7º:

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.

§ 1o O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados

22 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 04 out. 2016.

no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7o.

§ 2o O **conteúdo das comunicações** privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, **nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer**, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7o.[...] [grifo nosso]<sup>23</sup>

A disponibilização de comunicações, assim sendo, não pode ocorrer enquanto não existir lei que a regulamente, estabelecendo forma e hipóteses – o que não ocorreu até o momento, pois o Decreto 8.771 de 2016 ateve-se a regulamentar disponibilização de dados cadastrais de usuários – os quais são filiação, endereço, nome, prenome, estado civil e profissão do usuário, segundo o art. 11, §2º deste dispositivo<sup>24</sup>, não se confundem com comunicações.

O fato de estabelecer-se uma exceção para sigilo de comunicação armazenada, por si só, seria questionável, pois o MCI sequer estabelece limite temporal (em relação ao passado) no qual essas comunicações poderiam ser reveladas em juízo. Tratar-se-ia de autorização para investigar comunicações que, potencialmente, ocorreram antes da investigação iniciar.

Ignorar o art. 10, II, considerando que o MCI sozinho permite a quebra do sigilo dos históricos e dos fluxos de comunicação *online*, abre margem para a banalização da quebra do sigilo de comunicações, direito constitucionalmente protegido. Como o próprio MCI prevê regulamentação futura (o verbo “estabelecer” refere-se ao futuro, e não a leis já vigentes, que dizem respeito a outros tipos de comunicação com características diversas, como a quebra de sigilo de comunicações telefônicas, prevista na lei nº 9.296 de 1996<sup>25</sup>) para esses casos, vê-se que não é exequível de maneira imediata.

Tendo em vista que um dos processos que resultou em ordem de bloqueio, aqui analisado, tratava-se de procedimento de interceptação telefônica, cabe debruçar-se sobre esse ponto. Não se pode confundir a quebra de sigilo de comunicações *online* com a quebra de sigilo ou interceptação telefônica. Por tudo o que foi dito na abertura deste trabalho, tem-se a plena consciência de que o meio eletrônico tem características próprias, permite uma conectividade amplificada e instantânea, mas também registros duradouros. A transmissão de dados que ocorre via rede pode ser armazenada, não possui a efemeridade de uma ligação telefônica, que se não for gravada naquele momento acaba se perdendo. A possibilidade de coletar registros passados (onde eles são armazenados) já dá um caráter completamente diverso a uma comunicação por aplicativo *online* quando comparada a uma feita por telefone – não havendo limitação temporal, perde-se a capacidade de delimitar o alcance de uma investigação, bem como aparecem inúmeros riscos à privacidade dos usuários desse tipo de tecnologia.

Seguindo no estudo das disposições legais do MCI, o art. 11, direcionado aos provedores de conexão (e não de aplicações e conteúdo), impõe que eles respeitem a legislação brasileira e o direito à privacidade.

Referindo-se aos dois artigos anteriores, o art. 12 estabelece as penalidades por

23 Ibidem.

24 BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, 11 maio 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

25 BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 25 jul. 1996. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

infrações aos arts. 10 e 11. Assim como o MCI em geral, as sanções seguem a tônica de resguardar a privacidade do cidadão face ao poder estrutural das empresas que controlam aplicações e provedores de internet:

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.<sup>26</sup>

A suspensão temporária de atividades de armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados pessoais ou comunicações, prevista no inciso III do art. 12, MCI, em realidade, seria para resguardar o cidadão em caso de essas atividades atentarem contra a privacidade dos usuários.

Basta a leitura dos arts. 10 e 11 para verificar que eles determinam “preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas” e respeito à “legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”. As infrações a que o art. 12 se refere, portanto, seriam atos das provedoras de conexão ou de aplicações de internet que atentassem contra a privacidade do usuário. Ou seja, a suspensão ou o bloqueio das atividades referidas seria para evitar a continuidade da infração, e não para prejudicar as atividades da empresa.

Outro fator que foi levado em consideração nas decisões examinadas é a questão dos registros de acesso, uma vez que sua disponibilização é prevista no artigo 15 do MCI e, com isso, houve a fundamentação de que o MCI poderia permitir que as mensagens fossem reveladas, pois haveria previsão legal para tanto. Entretanto, observa-se, na redação desse dispositivo, que:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.<sup>27</sup>

Dessa forma, percebe-se que o artigo em questão se refere unicamente à expressão “registros de acesso”. O próprio MCI, em seu artigo 4º, VIII, traz a definição desse termo como sendo “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”<sup>28</sup>.

26 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 04 out. 2016.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

Ou seja, para o disposto no MCI, esse registro diz respeito às relações de comunicação e não ao teor das mensagens em si.

A suspensão de atividades como punição por não fornecimento de comunicações, assim, sob a ótica do MCI, careceria de respaldo legal. O descumprimento de ordem judicial não está tutelado pelo art. 12 e nem uma interpretação extensiva dele permitiria o uso dessas sanções como forma de coerção. O dispositivo vai, inclusive, na mesma esteira do art. 461, do Código de Processo Civil (CPC):

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará **providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento**.

[...] § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a **obtenção do resultado prático equivalente**, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. [grifo nosso]<sup>29</sup>

A suspensão das atividades quando elas próprias estão violando o direito ao sigilo de comunicações e a privacidade, assim, é exatamente um dos casos específicos desse tipo de tutela. O juiz pode determinar essa sanção caso ordene judicialmente que cessem os abusos sobre os dados dos usuários e a empresa responsável pelo aplicativo se negue a fazê-lo. Nesse caso, ordenar posteriormente a suspensão tem o mesmo efeito prático do cumprimento da primeira ordem judicial.

O que ocorreu nos casos envolvendo WhatsApp é diverso, não se enquadra nessas possibilidades. Foi ordenada quebra de sigilo e, mediante o não-fornecimento das comunicações, determinado o bloqueio, o que não contribuiu para o fornecimento das informações. Portanto, os efeitos da determinação não foram para obter resultado prático equivalente ao da quebra do sigilo. O bloqueio somente serviu como forma de punição e polarização entre aqueles juízos e a empresa, terceira chamada a cooperar.

Conclui-se que houve duas distorções. Distorceu-se o MCI, que regula a tutela da privacidade dos cidadãos na internet, estabelecendo, em caso de ameaça a ela, sanções de caráter cível e que garantem o resguardo do direito. Também houve má-aplicação do disposto no CPC, que permite a determinação de medidas que tenham o mesmo efeito prático da tutela pretendida em obrigações de fazer, e não a adoção de providências que tenham caráter de ameaça ou punição ao alvo da ordem judicial.

A fundamentação judicial das decisões que determinaram os bloqueios, seja pelo MCI seja pelo CPC, foi deficitária. Demonstrou-se à margem do que o sistema normativo vigente permitiria – gerando, inclusive, falsas interpretações e distorções quanto ao que a lei autoriza. Ocorreu verdadeira corrupção do código do direito, tendo os julgadores adotado valores outros que não o lícito ou ilícito para suas comunicações. Defenderam sua autoridade enquanto operadores jurídicos, desconsiderando os programas normativos e em detrimento da coesão do sistema judicial.

29 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.



### 3.3. Análise da possibilidade fática de cumprimento da decisão judicial pelo WhatsApp

Por serem considerados atrativos, a privacidade e o sigilo das comunicações são ainda mais resguardados como políticas internas das empresas de TI e vistos por elas como garantias que fortalecem sua relação com os usuários. Inclusive, essa é uma das razões pelas quais o WhatsApp, diferentemente de outros aplicativos, como o Facebook, não armazena histórico de conversas, o que torna impossível também o seu fornecimento, mesmo mediante ordem judicial.

Acerca da possibilidade técnica da interceptação das mensagens enviadas através do aplicativo, observa-se que, desde abril de 2016, estão elas protegidas por um sistema de criptografia ponta-a-ponta. Isso significa que a mensagem é enviada codificada de tal forma que somente os dispositivos emissor e destinatário possam acessar seu conteúdo real. Nem mesmo a própria empresa teria acesso a essa chave decodificadora – a qual é praticamente incorruptível, exigindo tempo impraticável de computação para decodificar as mensagens.

Além disso, através do sistema de *Forward Secrecy*, mesmo que a chave de uma mensagem seja descoberta, os conteúdos seguintes utilizam-se de uma nova chave feita a partir desta, fazendo com que apenas aquele trecho possa ser lido<sup>30</sup>. Após as mensagens já criptografadas serem enviadas ao remetente final, elas são apagadas dos servidores da empresa.

Entretanto, conforme o disposto no artigo 15 do MCI, é possível que ela mantenha o registro dos metadados – compilação de informações sobre as comunicações efetuadas como localização e horários das conversas. Quando esses dados são analisados em conjunto, podem indicar diversos comportamentos ou informações acerca dos investigados<sup>31</sup>. Isso significa que, embora não seja efetivamente possível quebrar a criptografia de todas as mensagens e obter a chave codificadora através da força bruta, a empresa tem acesso e é possível que ela forneça dados e informações secundárias que certamente podem ajudar nas investigações. Ainda assim, mesmo na melhor das hipóteses, os metadados não fornecem os conteúdos das comunicações.

Evidencia-se, portanto, a criptografia como um forte argumento técnico por parte da empresa para o impedimento do cumprimento integral de ordens judiciais como as aqui discutidas. No entanto, esta é uma especificidade desse novo sistema de criptografia ponta-a-ponta advindo da atualização do aplicativo realizada em 2016, sendo que anteriormente as mensagens eram passíveis de interceptação. Como as ordens de fornecimento iniciaram em fevereiro de 2015, a impossibilidade técnica de interceptação de disponibilizar conteúdo de comunicações ainda não seria arguível pelo WhatsApp, pelo menos em relação a alguns dos casos examinados.

Considerando que houve casos em que o WhatsApp poderia ter cumprido a decisão, ou ao menos havia possibilidade fática para isso, ainda assim há que se considerar a inadequação da medida judicial adotada. Muito embora a justiça brasileira tenha

30 SANTINO, Renato. WhatsApp explica por que não entrega os dados que a polícia brasileira pede. **Olhar Digital**, 7 mar. 2016. Disponível em: <[http://olhardigital.uol.com.br/fique\\_seguro/noticia/whatsapp-explica-por-que-nao-entrega-os-dados-que-a-policia-brasileira-pede/55829](http://olhardigital.uol.com.br/fique_seguro/noticia/whatsapp-explica-por-que-nao-entrega-os-dados-que-a-policia-brasileira-pede/55829)>. Acesso em: 2 nov. 2016.

31 SOPRANA, Paula. Como a polícia pode dar a volta na criptografia do WhatsApp. **Época**, 23 jul. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/07/como-policia-pode-dar-volta-na-criptografia-do-whatsapp.html>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

dificuldades em fazer cumprir uma ordem endereçada a empresa em outro país, nesse caso em específico havia a possibilidade de aplicar medidas coercitivas ao Facebook, que, como já referido, é sediado no Brasil. Nesse diapasão, inclusive, o judiciário tem adotado outros meios de coerção, como, por exemplo, a determinação do bloqueio de R\$ 19,5 milhões das contas bancárias do Facebook, referente ao acúmulo de multas devido ao descumprimento de decisões judiciais<sup>32</sup>.

Ainda nessa esteira de análise, há que se destacar que, ainda que as decisões tenham sido desproporcionais ou mesmo ilícitas (como visto na seção anterior, a interpretação realizada não obedece à sistemática normativa), a empresa oficiada para cumpri-las não se utilizou, em regra, da via judicial para questioná-las. Observou-se, pela narrativa dos casos de bloqueio, que a primeira decisão foi suspensa a requerimento não do Facebook ou do WhatsApp, mas de empresas de telefonia que forneciam pacotes de dados, que se negavam a efetuar o bloqueio e questionaram a ordem judicialmente. O WhatsApp, inicialmente, não deu ao judiciário brasileiro legitimidade, deixando de cumprir a ordem judicial não por considerá-la inconstitucional ou ilícita, mas porque ela era, essencialmente, prejudicial a seus negócios, de forma que se apostou na impopularidade da medida ante os usuários.

Tendo isso em vista, havendo ou não possibilidade técnica de fornecer as comunicações, o procedimento adequado para questionar a requisição dessas informações seria por meio de recursos judiciais – algo que foi feito tardiamente e, mesmo agora, tem sua principal força-motriz em ações de caráter constitucional ajuizadas por outras organizações, que não a empresa alvo da maior parte das decisões questionadas.

Destarte, pode-se considerar que o direito não conseguiu, nos casos analisados, dar conta da complexa angulação de forças que foi instaurada pelo descaso com o sistema judicial de um lado, questionando-se sua competência para lidar com a seara de assuntos tecnológicos e criando um perigoso ambiente de descrédito nas autoridades sem revelar a quem esse poder e confiança são redirecionados. De outro, com as próprias normas, utilizando-se de argumentos jurídicos questionáveis para efetuar medidas de grande repercussão nas liberdades dos cidadãos.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise trazida à tona, observa-se que existe uma disputa de poder e influência entre o judiciário e as empresas de TI em que pouco importou o que a lei efetivamente regulamentava. As notícias, a repercussão e a ADI podem levar a entender o caso como uma disputa entre a lei e um senso de justiça. Além disso, em diversas decisões foram feitas alusões a dispositivos como o Marco Civil sem a devida coerência hermenêutica quanto ao que a lei efetivamente dispõe, até mesmo se utilizando dos dispositivos em sentido contraditório ao que eles propõem.

Entretanto, o que efetivamente aconteceu é que o WhatsApp, empresa que atua internacionalmente, colocou sua política interna acima da legislação e da jurisdição locais, e, frente a essa situação, juízes utilizaram a lei como instrumento de imposição de seu poder. Enquanto o primeiro utilizou-se de argumentos técnicos, os quais em análise detida não se sustentam inteiramente, os últimos utilizaram de argumentos suposta-

---

32 CORDEIRO, Luciane; KIRSCH, Wilson. Justiça bloqueia R\$ 19,5 milhões após WhatsApp negar liberação de dados. **G1**, 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2016/06/justica-federal-bloqueia-r-195-mi-das-contas-do-whatsapp.html>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

mente jurídicos, os quais também carecem de fundamento quando vistos à luz do conjunto da legislação vigente.

Não é o direito, portanto, que está no centro da disputa entre WhatsApp e judiciário; entretanto, ele pode ser diretamente prejudicado por esse antagonismo. De um lado, há o autoritarismo judicial, com operadores que agem de maneira desvinculada do corpo normativo em busca de eficiência em seus resultados; de outro, o populismo das empresas multinacionais, as quais colocam sua política interna orientada pelo sucesso econômico acima da jurisdição local. Ambos agem em nome do direito, o qual, enquanto sistema de expectativas normativas, perde sua força para a incerteza – seja pela inobservância da lei democraticamente redigida, seja pela inefetividade das ordens que partem de seus oficiais.

O problema, no que tange às empresas de TI, não é tanto o fato de elas se localizarem em território internacional, de lidarem com diversas legislações internacionais simultaneamente ou defenderem a legislação de seu país de origem, mas o fato de elas estabelecerem uma relação extraterritorial com diversos usuários, detendo sobre alguns direitos maior poder do que as próprias instituições de seus países. Enquanto garantem esses direitos, mesmo em face dos estados, sua relação é de poder sobre os sistemas judiciais, os quais não detêm aparato suficiente para, cada um unilateralmente, lidar com essa superestrutura.

Nesse diapasão, os desdobramentos dessa busca por agradar aos consumidores e ganhar espaço no mercado face a embates judiciais merecem ser estudados continuamente. Esses novos atores advindos da globalização colocam em questão o quanto as instituições democráticas podem resistir perante seu poder de, com base na busca por lucro, decidir sobre a validade de leis locais. Se de um lado o direito é posto em risco pela força econômica das empresas de TI, por outro, o autoritarismo do poder judiciário face a essas provocações não contribui para o equilíbrio.

O caso dos bloqueios do WhatsApp nos ensina que inserir no sistema judicial disputa que ocorre nos planos político e econômico desmerece instituições jurídicas democraticamente construídas. Não obstante, esse tipo de disputa ocorre e é permeada por argumentos pretensamente jurídicos e constitucionais. Caberia analisar, frente a essa perspectiva, casos semelhantes de sanções a empresas de TI, tanto passados quanto os que vierem a ocorrer, a fim de verificar se esse é um padrão ou se o direito pode encontrar um caminho ante essa disputa de forças.



## 5. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO dos Advogados de São Paulo. Confirmada liminar que mantém atividades do WhatsApp. **Clipping Eletrônico**. 7 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=21422](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=21422)>. Acesso em: 09 dez. 2016.

BLOQUEIOTECA. **Caso Whatsapp II**: descumprimento de ordem judicial de entrega de dados. Disponível em: <<http://bloqueios.info/pt/casos/bloqueio-por-descumprimento-de-ordem-judicial-de-entrega-de-dados/>> Acesso em: 9 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Caso Whatsapp III**: descumprimento de ordem judicial de entrega de dados. Disponível em: <<http://bloqueios.info/pt/casos/bloqueio-por-descumprimento-de-ordem-judicial-de-entrega-de-dados-whatsappiii/>> Acesso em: 9 dez. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, 11 maio 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 04 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 17 de março de 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 25 jul. 1996. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527**. Relatora: Min. Rosa Weber. Convocação conjunta de audiência pública e amicus curiae. Advogado-geral da União: Fábio Medina Osório. Brasília, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5527.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2016

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.527**. Relatora: Min. Rosa Weber. Parecer da Advocacia-Geral da União. Advogado-geral da União: Fábio Medina Osório. Brasília, 20 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/agu-marco-civil-internet.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar de arguição de descumprimento de preceito fundamental 403**. Decisão liminar. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 jul. 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2016. p. 8

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000**. Rel. Des. Xavier de Souza. São Paulo, 17 dez. 2015. Disponível em: <[http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2015/tjsp\\_227146277201582600\\_00\\_17122015.pdf](http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2015/tjsp_227146277201582600_00_17122015.pdf)> Acesso em: 2 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Mandado de Segurança nº**

**201600110899**. Rel. Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima. Aracaju, 3 mai. 2016. Disponível em: <[http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tjse\\_201600110899\\_03052016.pdf](http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tjse_201600110899_03052016.pdf)> Acesso em: 2 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Tribunal de Justiça do Piauí. **Mandado de Segurança nº 2015.0001.001592-4**. Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar. Teresina, 26 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150227-03.pdf>> Acesso em: 2 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza. Duque de Caxias, RJ, jul. 2016. Disponível em: <[https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv\\_5ubnFudjUwMm9OZGc/view](https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv_5ubnFudjUwMm9OZGc/view)>. Acesso em: 08 out. 2016.

CORDEIRO, Luciane; KIRSCH, Wilson. Justiça bloqueia R\$ 19,5 milhões após WhatsApp negar liberação de dados. **G1**, 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/norte-noroeste/noticia/2016/06/justica-federal-bloqueia-r-195-mi-das-contas-do-whatsapp.html>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

G1. WhatsApp bloqueado: Relembre todos os casos de suspensão do app. **G1**, 19 jul. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>> Acesso em: 8 out. 2016.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANTINO, Renato. WhatsApp explica por que não entrega os dados que a polícia brasileira pede. **Olhar Digital**, 7 mar. 2016. Disponível em: <[http://olhardigital.uol.com.br/fique\\_seguro/noticia/whatsapp-explica-por-que-nao-entrega-os-dados-que-a-policia-brasileira-pede/55829](http://olhardigital.uol.com.br/fique_seguro/noticia/whatsapp-explica-por-que-nao-entrega-os-dados-que-a-policia-brasileira-pede/55829)>. Acesso em: 2 nov. 2016.

SOPRANA, Paula. Como a polícia pode dar a volta na criptografia do WhatsApp. **Época**, 23 jul. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/07/como-policia-pode-dar-volta-na-criptografia-do-whatsapp.html>>. Acesso em: 2 nov. 2016.



# GOVERNANÇA, POLÍTICAS PÚBLICAS E ACCOUNTABILITY NOS PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAIS BRASILEIROS

Walisson da Costa Resende<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei de Acesso à Informação Pública brasileira surgiu após discussões que se iniciaram ainda nos anos 90 e que se fortaleceram, no âmbito legislativo, a partir de 2003. Após vários debates e muitas adaptações, ela finalmente foi sancionada em 18 de novembro de 2011, transformando-se, assim, na Lei 12.527/2011. A Lei de Acesso à Informação Pública determina, entre outras coisas, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem disponibilizar, em meio eletrônico e em tempo real, o detalhamento de todas suas informações relativas à execução orçamentária e financeira. Essa demanda pode ser atendida pela criação dos portais de transparência, que são páginas *web* onde devem estar divulgados todos os dados governamentais abarcados pela Lei de Acesso à Informação Pública.

Entre 2011 e 2013, cada ente federativo elaborou o seu portal de transparência de acordo com sua interpretação da lei. Isso abriu caminho para o fenômeno de “transparência *versus* opacidade”, quando informações semelhantes podem ser disponibilizadas de formas diferenciadas, gerando transparência em um caso e opacidade em outro. A ideia de transparência, por si só, já é dicotômica, pois a afirmação de que algo é transparente já implica na existência de algo que não é transparente, ou seja, que é opaco. Foi José Maria Jardim quem refinou este conceito e criou a concepção do fenômeno em termos de um processo gradual, com degraus entre uma situação de total transparência e total opacidade. Surgem aqui os conceitos de informações “límpidas”, “translúcidas” ou “diáfanas”:

A transparência designa, inicialmente, a propriedade de um corpo que se deixa atravessar pela luz e permite distinguir, através de sua espessura, os objetos que se encontram atrás. Falar, neste sentido, de transparência administrativa significa que atrás do invólucro formal de uma instituição se perfilam relações concretas entre indivíduos e grupos percebidos pelo observador. Mas a transparência é suscetível de graus: um corpo pode ser realmente transparente, ou seja, límpido e fazer aparecer com nitidez os objetos que recobre, ou somente translúcido, se ele não permite, ainda que seja permeável à luz, distinguir nitidamente esses objetos, ou ainda diáfano, se a luz que ele deixa filtrar não permite distinguir a forma desses objetos. Por extensão, a transparência designará o que se deixa penetrar, alcançar levemente, o sentido escondido que aparece facilmente, o que pode ser visto, conhecido de todos ou ainda que permite mostrar a realidade inteira, o que exprime a verdade sem alterá-la.<sup>2</sup>

Considerando-se essas questões relacionadas aos conceitos de transparência e opacidade, em 2014, em minha pesquisa de mestrado, realizei a avaliação dos 27 portais de transparência governamentais estaduais brasileiros, dentro de critérios pré-estabelecidos pela Controladoria-Geral da União. Com os dados obtidos, foi possível, entre out-

<sup>1</sup> Mestre em Ciência da Informação (UFMG/2014) e doutorando do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação da UFMG. Disponível para contato no e-mail wresende@ufmg.br.

<sup>2</sup> JARDIM, José Maria. *Transparência e opacidade do estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: Editora Universidade Federal Fluminense, 1999, p. 51.

ras conclusões, criar um *ranking* de transparência para esses portais de transparência estaduais, estabelecendo, assim, uma boa ideia de quais seriam “mais transparentes” e quais portais seriam “menos transparentes”. Esse tipo de ranking já era feito, por exemplo, por algumas ONGs, como a ONG Contas Abertas e seu famoso “Índice de Transparência”, porém, seguindo critérios metodológicos próprios.

Em 2015, o Ministério Público Federal, no âmbito das suas atribuições, iniciou um ambicioso projeto de melhorias no combate à corrupção, aumentando intensamente as rotinas de fiscalização, aprimorando os procedimentos utilizados em caso de denúncias e incentivando o contínuo debate social sobre o tema. Foi criado um portal específico para se tratar sobre o tema (<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br>) e também foi elaborado um *ranking* de transparência, a exemplo do que foi feito em minha pesquisa de 2014.

O objetivo desse artigo é, em primeiro lugar, levantar alguns dos problemas relativos à transparência nos portais de transparência governamentais brasileiros, para em seguida, comparar a pesquisa que realizei em 2014 com as pesquisas realizadas pelo Ministério Público Federal em 2015 e 2016, tanto do ponto de vista metodológico, quanto em relação aos resultados obtidos.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Para a UNESCO, o direito à informação é “peça-chave nas engrenagens da sociedade do conhecimento”<sup>3</sup>. O livre acesso à informação é, portanto, peça fundamental para o amadurecimento das instituições, dos estados democráticos, da sociedade organizada e dos direitos civis. Nesse sentido, no período imediatamente posterior à segunda guerra mundial, com o advento da chamada “sociedade do conhecimento”, observou-se o surgimento, em vários países, de leis de acesso à informação, combinadas com a adoção de políticas de transparência. Essas leis e políticas vêm ao encontro das demandas da sociedade e também auxiliam os governos na manutenção de um pacto social coeso.

A existência de leis de transparência pública em governos democráticos é uma consequência natural do amadurecimento das suas respectivas sociedades. Este comportamento não somente é verificado em nações com alto desenvolvimento econômico-social, mas, também, nas sociedades ainda em desenvolvimento da África, Ásia e América Latina.

No caso brasileiro, foi necessário aproximadamente um século para que as informações públicas deixassem de ser tratadas como um “caso de Estado” para serem tratadas como uma “obrigação do Estado”. Enquanto no “caso de Estado” as informações são tratadas como propriedade patrimonial do Estado constituído, que pode usá-las, retê-las ou descartá-las de acordo com os seus interesses, independentemente das vontades ou necessidades do cidadão, na abordagem “obrigação do Estado”, as informações continuam sendo um patrimônio do governo, mas não podem mais ser usadas, retidas ou descartadas de acordo com a vontade desse ou daquele governante. Nesse caso, o Estado moderno encara o cidadão como um parceiro informacional, que tem não somente

---

<sup>3</sup> ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos à *accountability* democrática no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012, p. 29.

o acesso total à informação, mas também pode interpretá-la e dispor dela de acordo com os interesses sociais ou mesmo os seus interesses individuais. O cidadão passa da condição de tutelado para a condição de interpretante.

A Controladoria-Geral da União é o órgão brasileiro de referência no que diz respeito à Lei de Acesso à Informação e veio parametrizar todas as questões relativas à implantação apresentadas neste estudo. No caso específico dos portais de transparência, faltava ainda uma padronização do processo de implantação dos portais pelos diversos entes federativos. Essa padronização foi feita em abril de 2013, com a publicação do Guia de Implantação de Portais de Transparência. Este guia traz, de forma clara e simplificada, todos os principais requisitos técnicos e jurídicos para a criação de um bom portal de transparência governamental. Além desse guia, que é bem específico para o assunto, optou-se também por apoiar a pesquisa em outros referenciais teóricos relacionados ao tema que, para melhor organização, foram divididos em quatro eixos principais:

- Primeiro Eixo: A documentação oficial do governo brasileiro.
- Segundo Eixo: As relações entre a gestão da informação, a Lei de Acesso à Informação e os portais de transparência.
- Terceiro Eixo: Os autores referenciais encontrados na literatura científica brasileira, que tratam tanto dos conceitos de transparência e opacidade informacional da Lei de Acesso à Informação, em seu caso específico.
- Quarto Eixo: Os estudos acadêmicos de gestão da informação e gestão do conhecimento.

O primeiro e o segundo eixo formam parte do *corpus* documentário que oferece informações e evidências para a construção e reconstrução do contexto político e normativo de instauração e regulamentação da LAI. No que diz respeito ao primeiro eixo, ou seja, à documentação oficial sobre acesso à informação, em âmbito nacional e internacional, ele pode ser classificado como documentação primária, por tratar-se da documentação inicial e oficial construída para a enunciação e implementação da LAI.

O segundo eixo busca relacionar a Lei de Acesso à Informação com os portais de transparência e a gestão da informação. É um relacionamento que, apesar de ter uma percepção quase intuitiva (são tópicos de assunto assemelhado), ainda necessita de uma correlação formal. O primeiro aspecto importante é destacar a noção de informação por parte da sociedade e por parte dos agentes públicos. Como o acesso à informação para o Brasil dos anos 80 e 90 ainda era um conceito distante, o cidadão nem sempre conseguia encontrar o canal adequado ou nem mesmo sabia qual informação deveria solicitar. O órgão público, por sua vez, ainda entendia a informação como algo de sua propriedade, do seu setor de trabalho, como um bem exclusivo do estado. Quebrar essa percepção alienada da sociedade e condicionar a informação como um bem público foram os primeiros desafios para implantação de uma cultura informacional de transparência. Os portais de transparência são ótimas ferramentas para a implantação dessas práticas de gestão informacional. Através deles o usuário final não precisa mais, por exemplo, passar pelo exaustivo processo de catalogar os dados em vários órgãos diferentes, organizá-los, eliminar campos obsoletos e fazer correlações. Além disso, os portais são agentes de democratização da informação, ao passo que permitem a consulta aos dados de forma impessoal, direta e imediata.



O terceiro eixo é a base deste referencial teórico, quando busca relacionar os autores que tenham trabalhado especificamente com lei de acesso e transparência pública. O primeiro autor encontrado foi Jardim<sup>4</sup> que já atentava para conceitos fundamentais como a relação entre transparência/opacidade do estado e a questão da *accountability*. Seu trabalho complementou o conceito de *accountability* já utilizado por outros teóricos da democracia e das ciências políticas e foi retomado por Angelico<sup>5</sup>, que também atendeu para a necessidade de se promover a transparência da informação pública para que um governo possa ser considerado *accountable*. Isso define quando os cidadãos possam discernir se os governantes estão agindo no interesse da coletividade e, em caso negativo, possam ser apropriadamente sancionados. Do ponto de vista de gestão da informação pública como um bem igualmente público, cita-se a importância da informação no dia-a-dia das pessoas, comunidades e organizações. Esse tipo de informação precisa ser clara e objetiva o suficiente para atingir todos os extratos da sociedade, independentemente de seu conhecimento técnico e instrução. O governo, nesse sentido, é um dos maiores provedores da informação decisória moderna.

O quarto eixo realiza uma análise comparativa dos dois planos de reconstrução estudados: o normativo-regulatório e o específico da disponibilização e divulgação da informação para sua acessibilidade. Busca trabalhar com autores já consolidados na área de gestão da informação e gestão do conhecimento. O primeiro autor que encontramos foi Davenport<sup>6</sup> que, em “Ecologia da Informação”, trabalhou com aspectos interessantes acerca do comportamento cultural em relação à informação, a questão da cultura organizacional e também o uso da informação. Outro autor interessante é Terra<sup>7</sup>, que avalia os portais corporativos como instrumentos da gestão da informação. Inicialmente o autor trata dos problemas que surgem quando uma organização, seja ela qual for, torna-se uma gestora de informação e conhecimento e precisa divulgar esse conhecimento para seus clientes ou usuários. A primeira alternativa nestes casos é quase sempre o portal corporativo. Tomael *et.al.*<sup>8</sup> também tratam da avaliação de fontes de informação e a mensuração de seus critérios de qualidade. Por último, para falarmos sobre os temas da busca e da disseminação da informação, podemos apontar Choo<sup>9</sup> que, sobre a busca, já fala sobre as necessidades da informação por parte do indivíduo. A necessidade da informação pública não tem apenas um quesito “visceral” e não é somente um incômodo para o cidadão e para a sociedade. A partir de um determinado nível de refinamento político-social, a necessidade da informação e da transparência é formalizada pela sociedade e aceita pelo Estado como uma necessidade clara para a manutenção da governabilidade (ou *accountability*). Nesse momento, o indivíduo tem plena consciência da necessidade de buscar a informação.

---

4 JARDIM, José Maria. **Transparência e opacidade do estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental**. Niterói: Editora Universidade Federal Fluminense, 1999.

5 ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos à *accountability* democrática no Brasil**. op.cit.

6 DAVENPORT, T. H. **Ecologia da informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação**; tradução Bernadette Siqueira Abrão. São Paulo: Futura, 1998.

7 TERRA, José Cláudio Cyrineu; BAX, Marcello Peixoto. **Portais Corporativos: novo instrumento de gestão da informação**. Terra Fórum Biblioteca, 1999. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/jcterra/portais-corporativos-novo-instrumento-de-gestao-da-informacao>>. Acesso em 07/10/2013.

8 TOMAEL, Maria Inês; CATARINO, Maria Elisabete; VALENTIM, Marta Lígia Pomim, JÚNIOR, Oswaldo Francisco de Almeida; SILVA, Terezinha Elisabeth. **Avaliação de fontes de informação na Internet: critérios de qualidade**. Paraíba: **Revista Informação & Sociedade: Estudos**, Volume 11, 2001. Disponível em: <<http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/ies/article/view/293>>. Acesso em 28/05/2014.

9 CHOO, C. W. **A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões**; tradução Eliana Rocha. São Paulo: Editora SENAC, 2003.

A minha pesquisa, realizada em 2014, foi configurada como um estudo comparativo, à medida que buscou analisar aspectos específicos de cada portal, de acordo com parâmetros técnicos pré-definidos. Dado o grande número de portais de transparência pública brasileiros, nos três poderes constituídos e também nas esferas municipais, estaduais e federais, houve a necessidade de se realizar dois cortes metodológicos neste estudo, para que sua conclusão se tornasse viável.

O primeiro corte metodológico foi a distinção entre os três poderes do governo brasileiro, quando se optou por excluir os portais que fazem parte dos poderes legislativo e judiciário. Também foram excluídos todos os outros possíveis portais, como, por exemplo, os portais de transparência de ONGs ou empresas de capital misto, que são abrangidas pela Lei de Acesso à Informação, mas que, neste estudo, não teriam parâmetros de comparação claros entre si. O segundo corte metodológico baseou-se na divisão política do território nacional, que é uma federação composta por estados que, por sua vez, são compostos por municípios. A Lei de Acesso à Informação exige que haja a sua aplicação nos três níveis, ou seja, tanto no nível federal quanto no nível estadual e municipal. No nível municipal, de acordo com o IBGE, o Brasil possuía, em 2000, um total de 5561 municípios regulares<sup>10</sup> sendo que, destes, 2871 possuíam mais de 10.000 habitantes, ou seja, estariam obrigados, de acordo com a Lei de Acesso à Informação, a disponibilizar Portais de Transparência Pública. Mesmo com dados defasados, percebe-se que o número de Portais de Transparência Pública passíveis de análise, caso considerássemos todos estes municípios, inviabilizaria a conclusão deste estudo em tempo hábil. Optou-se, portanto, por excluir todos os municípios da federação, aplicando a pesquisa apenas nos estados.

Combinando o primeiro corte metodológico - tipo de portal, em relação ao poder constituído - com um segundo corte - quantidade de portais nos três níveis federativos brasileiros - trabalhamos, portanto, apenas nos portais governamentais do executivo estadual dos 26 estados brasileiros e do Distrito Federal. No total, foram analisados 27 portais de transparência pública. A coleta dos dados foi feita em ordem alfabética, por Estado da Federação, incluindo nessa listagem o Distrito Federal. Como o estudo é relativo aos Portais de Transparência em ambiente virtual, criados em função da Lei 12.527, todo o processo de coleta será feito através da Internet. Após a coleta dos dados, iniciou-se a verificação de conformidade desses dados em relação às principais recomendações da Controladoria-Geral da União, que foram publicadas no Guia de Implantação de Portal de Transparência<sup>11</sup>. Dos quinze requisitos exigidos e/ou recomendados pela Controladoria-Geral da União e relativos aos Portais de Transparência, foram selecionados dez requisitos principais, dentro do critério de que seriam itens diretamente relacionados à gestão da informação e que, portanto, teriam correlação direta com este estudo. Os cinco itens restantes, os quais foram descartados, se relacionavam a aspectos excessivamente técnicos de operação, como a descrição detalhada dos requisitos de software necessários para a exibição de determinado tipo de informação ou mesmo a recomendação de aplicação desse ou daquele ambiente computacional para criação e hospedagem dos dados. Os dez critérios selecionados foram os seguintes:

---

10 IBGE, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Indicadores Sociais Municipais. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabela1a.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm)> Acesso em 24/09/2014.

11 BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Guia para criação da seção de acesso à informação nos sítios eletrônicos dos órgãos e entidades estaduais e municipais**. Brasília, DF: CGU: 2013. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Guia\\_TransparenciaAtiva\\_EstadosMunicipios.pdf](http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Guia_TransparenciaAtiva_EstadosMunicipios.pdf)> Acesso em 01/05/2013.

Nome do domínio;

Registro no <http://www.contaspublicas.gov.br>;

Existência de ferramenta de busca;

Existência da seção “Fale Conosco”;

Existência da seção “Perguntas Mais Frequentes”;

Acesso livre;

Acesso por outros sistemas;

Acessibilidade;

Característica da informação;

Gravação de relatórios;

No caso do Ministério Público Federal, a primeira pesquisa foi realizada entre os dias 08/09/2015 e 09/10/2015, sendo publicada em dezembro do mesmo ano, quando então os gestores responsáveis pelas irregularidades foram formalmente notificados com um prazo de 120 dias para se adequarem às normas previstas na Lei de Acesso à Informação. Em termos numéricos, para se ter uma ideia, o Ministério Público Federal emitiu mais de 3.000 recomendações para os entes federais que não estavam cumprindo suas obrigações legais. A segunda pesquisa foi, então, realizada entre os dias 11/04/2016 e 25/05/2016 e publicada em junho deste mesmo ano.

Em ambos os casos (tanto na pesquisa realizada em 2015 quanto na pesquisa realizada em 2016), os dados foram obtidos através do preenchimento de um *check-list* por parte dos representantes do Ministério Público Federal (MPF), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), da Controladoria Geral da União (CGU), do Tribunal de Contas da União (TCU), da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON) e do Banco Central (BC).

Tanto os itens previstos no *check-list* quanto os agentes que realizaram o procedimento foram propositalmente idênticos nos anos de 2015 e 2016, para se manter a metodologia utilizada e tornar possível a comparação direta na evolução dos resultados obtidos. Os tópicos do *check-list* seguem a seguir:

1. O ente possui informações sobre transparência na Internet?
2. O site contém ferramentas de pesquisa de conteúdo que permitam o acesso à informação?
3. Há informações sobre a receita nos últimos seis meses, incluindo natureza, valor de previsão e valor arrecadado?
4. As despesas dos últimos seis meses foram detalhadas?
5. Os portais apresentam dados completos de licitações e contratos nos últimos 6 meses?
6. Os portais possibilitam a emissão de relatórios?



7. Existe a possibilidade de entrega de um pedido de acesso de forma presencial?
8. Existe possibilidade de envio de informações na forma eletrônica?
9. Existe possibilidade de acompanhamento das solicitações?
10. As solicitações eletrônicas são simples, ou seja, sem a exigência de identificação do requerente ou outras questões que dificultem ou impeçam o acesso à informação?
11. Os portais apresentam o registro da estrutura organizacional dos respectivos entes?
12. Os portais apresentam endereços e telefones com informações completas?
13. Há informações de remuneração individualizada por agente público?
14. Há informações detalhadas de despesas em nome de todos os favorecidos?

Não obstante os critérios metodológicos adotados pelo Ministério Público Federal não se mostrarem exatamente iguais aos critérios adotados em minha dissertação, eles apresentaram vários pontos similares. Vamos tratar, em primeiro lugar, dos resultados obtidos em minha pesquisa de 2014 e, em seguida, dos resultados nas pesquisas do Ministério Público Federal realizadas em 2015 e 2016. O espaço temporal entre as duas pesquisas (dois anos) demonstrou algumas alterações interessantes nos resultados obtidos.

No que diz respeito aos resultados obtidos em 2014, o primeiro item é o “Nome do domínio”. Esse item é de cumprimento obrigatório e determina que o Portal de Transparência Pública deve estar, no caso dos estados, no formato “uf.gov.br”. Como os estados brasileiros normalmente são identificados com seus nomes completos (por exemplo, o estado do Mato Grosso do Sul) ou através de suas iniciais padronizadas (por exemplo, as iniciais “ms” para o estado do Mato Grosso do Sul), foram aceitos ambos os formatos. De todos os 27 Portais de Transparência avaliados, 5 portais não tiveram conformidade com esse item, o que nos dá uma taxa de conformidade na ordem de 81%.

O segundo item é o registro no portal de contas públicas do Tribunal de Contas da União. Podemos verificar se um determinado portal de transparência está ou não cadastrado no <http://www.contaspublicas.gov.br> através da verificação do número de registro desse portal no site do Tribunal de Contas da União. Todos os portais de transparência pública estaduais avaliados estão representados no Tribunal de Contas da União, seja diretamente, seja através da representação do poder executivo do seu estado e possuem, portanto, registro válido no <http://www.contaspublicas.gov.br>. Nesse quesito a taxa de conformidade foi de 100% nos 27 portais de transparência pública avaliados.

O terceiro item trata das ferramentas de busca. A análise desse critério mostrou-se bastante complexa, quando comparada aos outros critérios. Esse comportamento se deu, em sua maior parte, em função das definições subjetivas determinadas pela Controladoria-Geral da União acerca do que seria uma boa ferramenta de busca. Discussões sobre a avaliação de fontes de informação, dentro de critérios de quais seri-

am critérios de qualidade, já foram apresentadas por Tomael *et.al.*<sup>12</sup>. No caso particular deste estudo, vamos definir uma boa ferramenta de busca como aquele sistema que contém ferramentas de pesquisa de conteúdo que permitam o acesso à informação de forma objetiva, rápida, indexada, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. Os resultados mostraram que, dos 27 portais de transparência pública analisados, 13 estados foram classificados como “em conformidade” e 14 estados foram classificados como “em não conformidade”. Os estados que apresentaram conformidade foram Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Piauí, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins. Eles representam 48% dos estados brasileiros. Os outros estados, considerados “em não conformidade”, representam os 52% de opções restantes de classificação.

O quarto item trata da existência de uma seção “Fale Conosco”. A recomendação da Controladoria-Geral da União nesse item é bem clara. O portal de transparência pública precisa ter uma seção “Fale Conosco” que possua telefone e e-mail de contato. Independentemente da simplicidade para o cumprimento desse quesito (divulgação do e-mail e telefone de contato), foi alto o índice de não conformidade observado nos resultados. Apenas 9 portais de transparência pública atingiram a conformidade, ao exibirem o telefone e o e-mail para contato. Os estados que estão em conformidade foram Alagoas, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Pernambuco, Piauí, Rondônia e Santa Catarina. Esse número representa 33% dos portais estudados.

O quinto item trata da existência da seção “Perguntas Mais Frequentes”. Esse critério permite uma avaliação mais direta, pois a recomendação da Controladoria-Geral da União é bem clara: deve haver uma seção de “Perguntas Mais Frequentes” nos portais de transparência pública brasileiros. Essa seção agiria como uma espécie de “manual do usuário”, pois selecionaria as dúvidas mais comuns na operação do portal. Dos 27 portais de transparência pública avaliados, 20 estão em conformidade com o recomendado pela Controladoria-Geral da União, representando 74% de conformidade.

O sexto item trata do acesso livre. Para avaliarmos esse critério, é necessário, antes de mais nada, uma distinção do que é chamado de “transparência ativa” e “transparência passiva”. A transparência ativa é a transparência promovida, por exemplo, pelos portais de acesso à informação pública. Ela é chamada de ativa, pois independe da solicitação específica de algum cidadão, devendo também ser completa e regularmente atualizada. Os governos estariam assim, por conta própria, obrigados a manter os cidadãos atualizados acerca de despesas orçamentárias, com pessoal, licitações, arrecadação de impostos, pagamento de fornecedores, etc. Já a transparência passiva é a obrigação que os governos têm de atender toda e qualquer solicitação, por mais específica que seja, desde que seja formalmente solicitada ao órgão correspondente e que não possua nenhum critério de sigilo de Estado que justifique uma negativa ao acesso. Nesse caso, o cidadão precisa localizar, dentro do órgão governamental que possui a informação, um departamento responsável pelo SIC, ou Serviço de Informação. Entendidas essas diferenças, podemos observar que, no caso da transparência passiva, há a clara necessidade de identificação do requerente. Não há, contudo, em nenhum outro ponto da Lei 12.527 ou do decreto 7.724, uma redação que especifique se essa identificação

---

12 TOMAEL, Maria Inês; CATARINO, Maria Elisabete; VALENTIM, Marta Lígia Pomim, JÚNIOR, Oswaldo Francisco de Almeida; SILVA, Terezinha Elisabeth. Avaliação de fontes de informação na Internet: critérios de qualidade. Paraíba: **Revista Informação & Sociedade: Estudos**, Volume 11, 2001. Disponível em: <<http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/ies/article/view/293>>. Acesso em 28/05/2014.

é necessária e/ou obrigatória no caso da transparência passiva. Não há nenhum tipo de especificação de como devem se portar os Portais de Transparência Pública nesse caso. A recomendação de que nenhuma identificação seja exigida aparece somente nas recomendações de implantação publicadas pela Controladoria-Geral da União e, como se tratam de recomendações, não há a obrigatoriedade de cumprimento. Em resumo, os estados poderiam exigir a identificação para acesso aos portais mas, como isso não é recomendado pela Controladoria-Geral da União, esse critério acabou sendo seguido por todos os Estados da Federação. Temos, portanto, nos 27 portais avaliados, um índice de 100% de conformidade para este critério.

O sétimo item trata do acesso por outros sistemas. O item “acesso por outros sistemas” especifica que o portal de transparência pública deve possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina. Os dados também precisam estar estruturados, ou seja, precisam ter algum tipo de organização mínima que permita sistemas automatizados classificá-los, diferenciá-los e ordená-los. Também precisam ser automaticamente legíveis por máquinas, independente da ação humana. Dos 27 portais de transparência pública avaliados, 20 foram classificados como “em conformidade” com o critério de acesso aberto recomendado pela Controladoria-Geral da União, totalizando 74% dos portais. Os outros 7 portais avaliados, representando 26% do total, não obtiveram a conformidade necessária. A não conformidade foi caracterizada por dois motivos principais: o formato de disponibilização dos dados e a capacidade de leitura automática das informações.

O oitavo item trata da acessibilidade. A recomendação da Controladoria-Geral da União, no que diz respeito à acessibilidade, é de que os portais de transparência pública devem adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência. Dos 27 portais de transparência pública avaliados, 16 portais - Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins - foram classificados como “em não conformidade”, por não apresentar nenhum tipo de informação ou recurso vinculado à acessibilidade. Isso equivale à 59% do total. Os outros 11 portais, que equivalem aos 41% restantes, apresentam pelo menos um recurso de acessibilidade presente. A diferenciação aparece no tipo e quantidade de recursos. Temos três portais - Mato Grosso, Pará e Rio Grande do Sul - que apresentaram apenas o recurso de múltiplas possibilidades de tamanho da fonte, o que possibilita ao usuário visualizar o conteúdo do portal em fontes de tamanhos diferentes, normalmente expandidos em relação ao formato padrão. Outros sete portais - Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo - apresentaram, além do recurso de visualização de fontes em vários tamanhos, o recurso de alto contraste, que disponibiliza o conteúdo do portal em um diagrama de cor diferenciado do diagrama normal, exibindo os caracteres totalmente brancos em um fundo totalmente preto ou vice-versa. O último portal, que é o portal de informações do estado do Paraná, apresentou, além dos recursos acima citados, o recurso de navegação através de atalhos pré-definidos, acessíveis através de combinações de teclas, sendo assim considerado o portal mais completo nesse critério.

O nono item é o critério da característica da informação, que define que o site deve garantir a integridade e a autenticidade das informações disponíveis para acesso. A integridade é a propriedade de que a informação não foi modificada ou destruída de maneira não autorizada ou acidental. Para se certificar da integridade de determinada

informação, é necessário o acesso à fonte primária dessa informação. Já a autenticidade é a propriedade de que a informação foi produzida, modificada ou descartada por uma determinada pessoa física, órgão, entidade ou sistema. A autenticidade relaciona-se com a confirmação de autoria, a certificação e a originalidade da informação. Em portais de informação, a forma mais comum de assegurar-se a autenticidade de uma informação em meio eletrônico é a assinatura digital. Não há, contudo, uma forma efetiva de assegurar a integridade de todas as informações, pois grande parte delas encontra-se em suporte físico (papel) ou está protegida pela confidencialidade (divulgação de dados pessoais). Neste estudo, nenhum dos portais apresentou requisitos mínimos de autenticidade, por não possuírem, em sua totalidade, nenhuma plataforma que gerasse chaves de segurança. Nesse quesito, houve uma não conformidade de 100%. No caso da integridade, poderíamos também avaliar que houve 100% de não conformidade, pois nenhuma fonte primária da informação foi encontrada nos portais. Contudo, nesse caso, há um aspecto que deve ser levado em conta. Considerando-se que todos os SICS correspondentes aos portais estejam em funcionamento, seria perfeitamente viável obter a informação correspondente, em sua forma primária, se houvesse alguma identificação da mesma no portal de transparência. Essa identificação poderia ser, como já citado, o número de uma nota de empenho ou o número do processo interno. São itens que possibilitam a localização da informação e que possibilitariam, pelo menos em essência, chegar à informação primária. Essa opção não exime o portal da necessidade de divulgação da informação primária, mas pelo menos permitiria ao cidadão o acesso à essas fontes.

O décimo e último item trata da gravação de relatório. O critério de gravação de relatório recomenda que os portais de transparência pública devem possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas de texto, de modo a facilitar a análise das informações. Essa funcionalidade é muito útil em diversos tipos de análises futuras. Pode ser utilizada, por exemplo, para o cruzamento de dados globais, tornando possível identificar cruzamentos lógicos entre informações. Em tempos de vasta utilização de recursos computacionais automatizados, que conseguem trabalhar com enormes quantidades de resultados em formato eletrônico, torna-se uma característica extremamente importante. Dos 27 portais de transparência pública avaliados, 11 portais estão em conformidade com essa norma, representando assim 41% do total. Os portais em conformidade são os portais dos estados do Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte. Os 16 portais restantes, que representam 59% do total, apresentaram problemas que os deixaram fora da regra de conformidade.

Agora vamos, finalmente, verificar as correlações entre os dados obtidos em 2014 e os dados novos, obtidos nas pesquisas de 2015 e 2016. Os dados obtidos pelo Ministério Público Federal em 2015 e 2016 foram divulgados, em seu portal específico, da forma mais gráfica possível. Existe a possibilidade de obtenção dos dados de forma detalhada, mas a adoção de uma interface gráfica amigável tornou sua visualização muito mais fácil. As notas obtidas no ranking do Ministério Público Federal seguem no quadro abaixo, que também mostra as notas obtidas na pesquisa de 2014:

**Quadro 1 - Comparação de resultados entre estados**

RANKING 2014 - DISSERTAÇÃO MESTRADO		RANKING 2015 - MPF		RANKING 2016 - MPF APÓS NOTIFICAÇÕES	
Espírito Santo	9,00	Espírito Santo	10,00	Espírito Santo	10,00
Pernambuco	9,00	Santa Catarina	9,80	Ceará	10,00
Distrito Federal	8,00	Mato Grosso	9,50	Rondonia	10,00
Minas Gerais	8,00	São Paulo	9,20	Alagoas	9,80
Piauí	8,00	Rio Grande do Sul	9,00	Goias	9,80
São Paulo	7,00	Distrito Federal	8,30	Mato Grosso	9,80
Amapá	7,00	Paraíba	8,30	Tocantins	9,80
Goias	7,00	Ceará	8,20	São Paulo	9,70
Rio Grande do Sul	7,00	Tocantins	7,90	Minas Gerais	9,20
Tocantins	6,00	Minas Gerais	7,80	Rio Grande do Norte	9,20
Alagoas	6,00	Rio Grande do Norte	7,80	Mato Grosso do Sul	9,10
Ceará	6,00	Maranhão	7,70	Pernambuco	8,80
Mato Grosso	6,00	Pernambuco	7,50	Paraná	8,70
Paraíba	6,00	Piauí	7,20	Rio de Janeiro	8,70
Paraná	6,00	Alagoas	6,80	Rio Grande do Sul	8,60
Rio de Janeiro	6,00	Goias	6,80	Santa Catarina	8,60
Santa Catarina	6,00	Pará	6,80	Maranhão	8,50
Maranhão	5,00	Paraná	6,10	Pará	8,30
Pará	5,00	Rio de Janeiro	5,90	Sergipe	8,10
Rio Grande do Norte	5,00	Amapa	5,80	Piauí	8,00
Rondônia	5,00	Acre	5,80	Amapa	8,00
Sergipe	5,00	Sergipe	5,70	Distrito Federal	7,60
Acre	4,00	Rondonia	5,20	Amazonas	7,50
Bahia	4,00	Bahia	5,00	Paraíba	7,30
Mato Grosso do Sul	4,00	Roraima	4,90	Acre	5,60
Roraima	4,00	Amazonas	4,60	Bahia	4,10
Amazonas	3,00	Mato Grosso do Sul	1,40	Roraima	3,80

Fonte: BRASIL. Ministério Público Federal. **Ranking Nacional da Transparência**. Brasília, DF: 2016. Disponível em <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking>. Acesso em 20/07/2016.

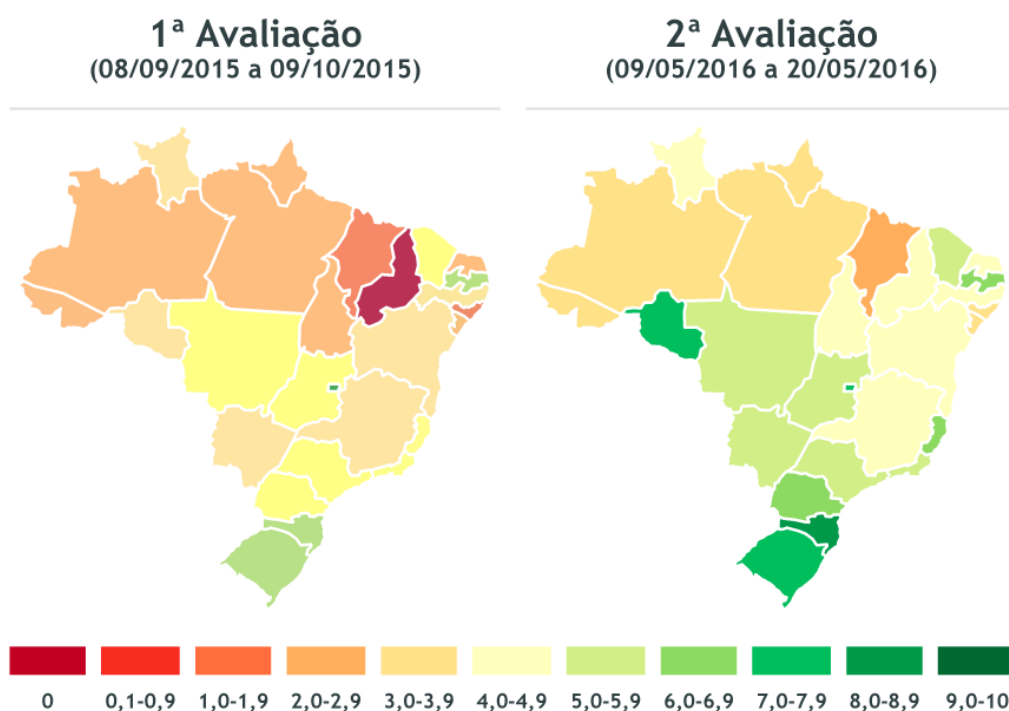
Os tópicos 1, 2, 6, 7, 8, 10, 11 e 12 do check-list apresentado na página 10 são os que apresentaram a melhor correlação conceitual com as perguntas realizadas em minha pesquisa, pois eram perguntas que, apesar de serem formuladas de forma diferente, abordavam aspectos bem semelhantes. Isso permite que sejam comparados de forma quase direta.

Avaliemos, por exemplo, a situação da transparência do estado do Espírito Santo. Ela é a maior nas três pesquisas. Por sua vez, o estado do Amazonas aparece nas últimas posições nas pesquisas realizadas em 2014 e 2015, recuperando-se apenas após as notificações formais do Ministério Público Federal. Não é mera coincidência que os resultados obtidos tenham apresentado tamanho grau de similaridade.

O próprio Ministério Público federal faz questão de mostrar a evolução do ranking de transparência entre as pesquisas que realizou no ano de 2015 e de 2016, conforme podemos verificar nas figuras à seguir:

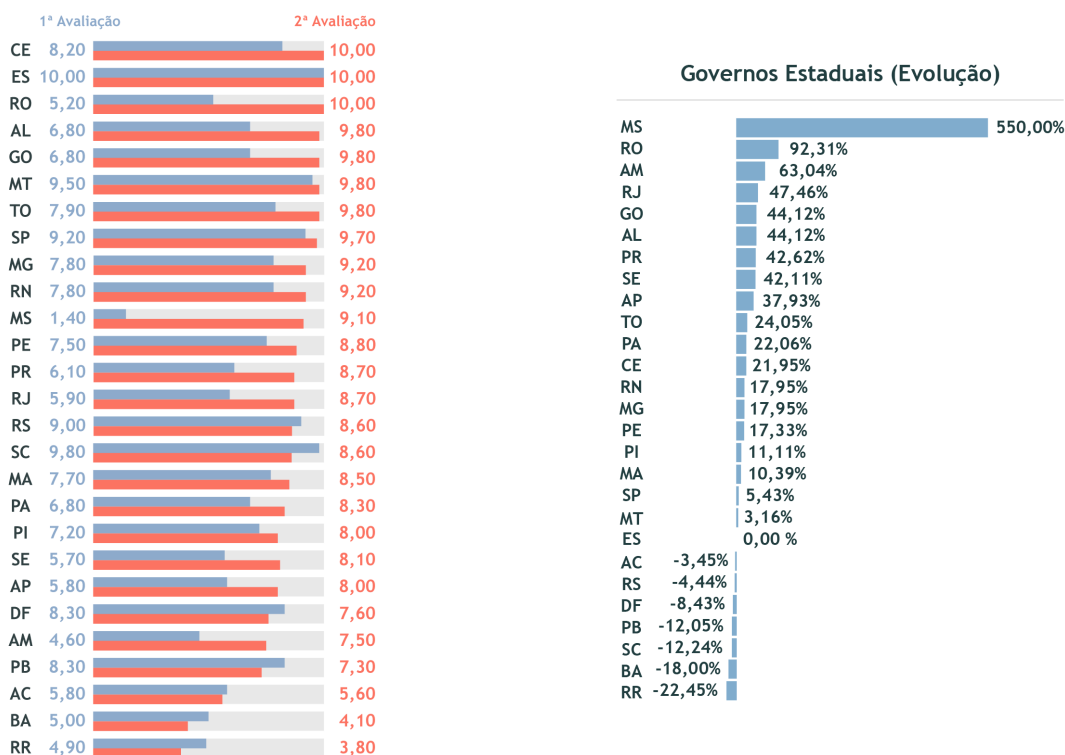


Figura 1 – Evolução da transparência nos estados



Fonte: BRASIL. Ministério Público Federal. **Ranking Nacional da Transparência**. Brasília, DF: 2016. Disponível em <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking>. Acesso em 20/07/2016.

Figura 2 – Evolução da transparência nos estados (base numérica)

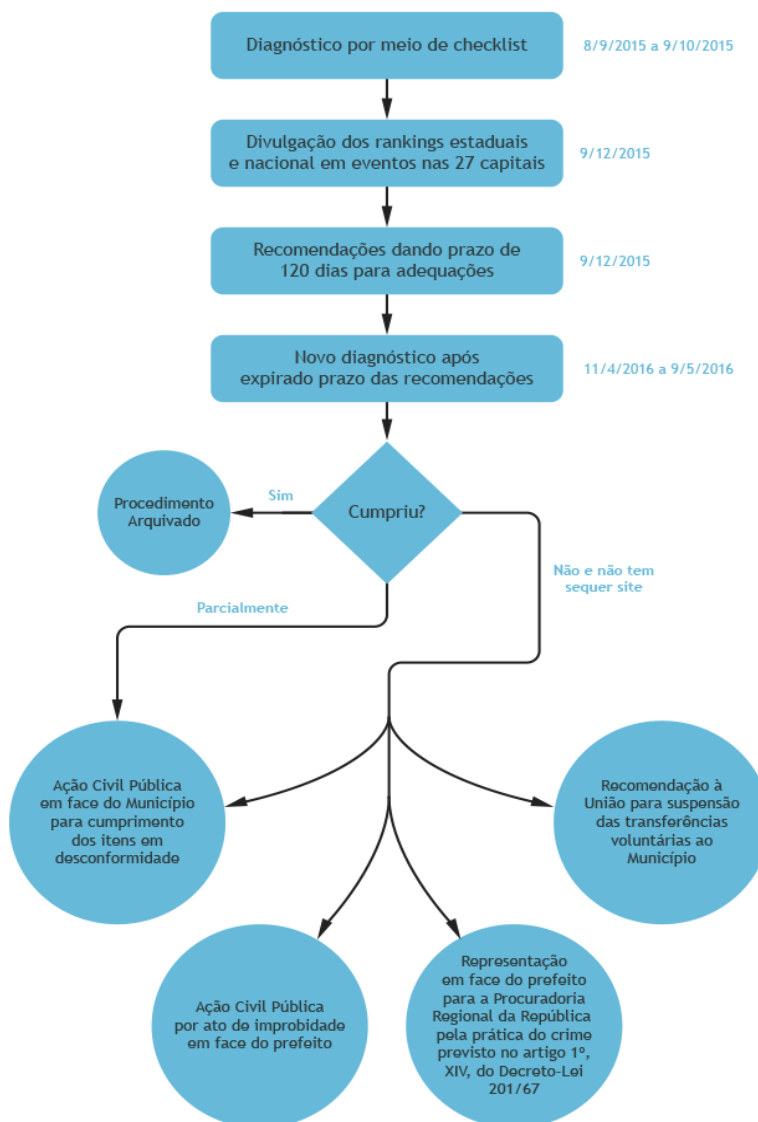


Fonte: BRASIL. Ministério Público Federal. **Ranking Nacional da Transparência**. Brasília, DF: 2016. Disponível em <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking>. Acesso em 20/07/2016.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito aos objetivos propostos neste estudo, podemos dizer que, nas três pesquisas realizadas, os portais de transparência pública governamentais estaduais do poder executivo brasileiro não apresentaram ainda um pleno grau de concordância com aquilo que foi estipulado pela Lei de Acesso à Informação e recomendado pela Controladoria-Geral da União. Constatamos que as deficiências encontradas na implantação desses portais, na forma de não conformidades, acabam criando zonas de opacidade informacional em um ambiente que deveria ser de transparência máxima. Por outro lado, é percebido que a atuação articulada dos órgãos de controle efetivamente melhora os portais de transparência e, conseqüentemente, os *rankings* de transparência. Uma atenção especial deve ser dada à adoção de um fluxograma claro e definido de ações, por parte do Ministério Público Federal, que fez com que o processo pudesse ser aplicado à diversos entes federativos, incluindo os municípios. Esse fluxograma pode inclusive, no futuro, ser aplicado a outros poderes, no sentido de se obter resultados ainda melhores.

Figura 3 - Fluxograma de ação



Fonte: BRASIL. Ministério Público Federal. **Ranking Nacional da Transparência**. Brasília, DF: 2016. Disponível em <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking>>. Acesso em 20/07/2016.



Tudo isso demonstra que é necessária não somente uma boa e clara legislação sobre o assunto da transparência pública, mas também a elaboração de critérios claros de análise e implementação, que podem ser auxiliados por abordagens metodológicas científicas robustas. Outro aspecto observado nesses novos estudos, e que não é menos importante, indica que, mantendo-se uma política de constante acompanhamento dos portais de acesso à informação pública pelos órgãos de controle (Ministério Público Federal, Controladoria-Geral da União, etc.), consegue-se não somente verificar a manutenção de bons portais como também o aparecimento de melhorias significativas, bem como a identificação de mudanças que, em vez de melhorar os portais, podem fazê-los regredir e perder alguns aspectos de sua efetividade.

#### 4. REFERÊNCIAS

ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos à *accountability* democrática no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

ANGELONI, Maria Terezinha (Org). **Gestão do conhecimento no Brasil: casos, experiências e práticas de empresas públicas**. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2008.

ARAÚJO, Carlos Alberto Ávila. A ciência da informação como ciência social. **Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 32, n. 3, p. 21-27, set./dez. 2003.

BRITO, Vladimir de Paula. **O papel informacional dos serviços secretos**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Escola de Ciência da Informação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01/05/2013.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. **Guia para criação da seção de acesso à informação nos sítios eletrônicos dos órgãos e entidades estaduais e municipais**. Brasília, DF: CGU: 2013. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Guia\\_TransparenciaAtiva\\_EstadosMunicipios.pdf](http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Guia_TransparenciaAtiva_EstadosMunicipios.pdf)> Acesso em 01/05/2013.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. **Guia de implantação de Portal da Transparência**. Brasília, DF: CGU: 2013. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Guia\\_PortalTransparencia.pdf](http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Guia_PortalTransparencia.pdf)> Acesso em 01/05/2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26/08/2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01/05/2013.

\_\_\_\_\_. Governo Federal. **Dados Abertos**. Brasília, DF: 2014. Disponível em: <<http://dados.gov.br/dados-abertos>>. Acesso em 12/07/2014.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Ranking Nacional da Transparência**. Brasília, DF: 2016. Disponível em <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking>>. Acesso em 20/07/2016.

CHOO, C. W. **A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões**; tradução Eliana Rocha. São Paulo: Editora SENAC, 2003.

DAVENPORT, T. H. **Ecologia da informação: por que só a tecnologia não basta para o sucesso na era da informação**; tradução Bernadette Siqueira Abrão. São Paulo: Futura, 1998.

IBGE, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Indicadores Sociais Municipais. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabela1a.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm)> Acesso em 24/09/2014.

INDICE de transparência 2014. **Contas Abertas**. 30/05/2014. Disponível em: <<http://indicedetransparencia.com/2014/05/30/es-pe-e-sp-sao-os-estados-mais-transparentes-do-brasil>> Acesso em 30/05/2014.

JARDIM, José Maria. **Transparência e opacidade do estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental**. Niterói: Editora Universidade Federal Fluminense, 1999.

PAIM, Ísis (Org). **Gestão da Informação e do Conhecimento**. Belo Horizonte: Escola de Ciência da Informação / UFMG, 2003.

SARACEVIC, Tefko. Ciência da informação: origem, evolução e relações. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, MG, v. 1, n. 1, p. 41-62, 1996.

SERRA, Afonso Celso da Cunha (Trad.). **Gestão do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

TAKEUCHI, H., NONAKA, T. **Gestão do conhecimento**; tradução Ana Thorell. Porto Alegre: Bookman, 2008.

TERRA, José Cláudio Cyrineu; BAX, Marcello Peixoto. Portais Corporativos: novo instrumento de gestão da informação. **Terra Fórum Biblioteca, 1999**. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/jcterra/portais-corporativos-novo-instrumento-de-gestao-da-informacao>> Acesso em 07/10/2013.

TOMAEL, Maria Inês; CATARINO, Maria Elisabete; VALENTIM, Marta Lígia Pomim, JÚNIOR, Oswaldo Francisco de Almeida; SILVA, Terezinha Elisabeth. Avaliação de fontes de informação na Internet: critérios de qualidade. Paraíba: **Revista Informação & Sociedade: Estudos**, Volume 11, 2001. Disponível em: <<http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/ies/article/view/293>> Acesso em 28/05/2014.

VALENTE, Ana Paola de Moraes Amorim. **Acesso à informação governamental: estudo exploratório do papel do Siafi na publicidade da execução do Orçamento Geral da União**. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Escola de Ciência da Informação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: 2002.

VAITSMAN, Hélio Santiago. **Inteligência empresarial: atacando e defendendo**. Rio de Janeiro: Interciência, 2001.

WILSON, T. D. **Information Behavior: an interdisciplinary perspective**. Information Processing & Management vol. 33, n. 4, p. 551-572, 1997.

# O JUDICIÁRIO COMO ATOR REGULADOR DA INTERNET: UMA ANÁLISE DA CONJUNTURA DAS DECISÕES DE BLOQUEIO DO WHATSAPP

Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos<sup>1</sup>

Ana Cláudia Farranha Santana<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo compreender o sentido da participação do Poder Judiciário nas decisões que envolvem o bloqueio do WhatsApp. A pergunta a ser respondida por este trabalho é: de que forma o Judiciário, enquanto ator desse processo vem interferindo na regulação do ciberespaço com vistas à implementação do Marco Civil da Internet e do Direito à Comunicação?

Por que os juízes realizam essa interpretação? Qual a influência do Judiciário na regulação do ciberespaço? De que maneira o Judiciário dialoga com as proposições legislativas? E com a atuação do Executivo nesse processo regulatório? Como o direito à comunicação vem sendo interpretado nas decisões que discutem o uso de mídias sociais e como a tomada de decisão pode influenciar no direito à comunicação?

Almeja-se compreender a interferência dos diplomas legais regulatórios voltados ao tema, como o Marco Civil da Internet e seu Decreto regulamentador, além dos demais projetos de lei e diplomas normativos de acesso à informação, na tomada de decisões pelo Judiciário, e sua conexão com os demais atores reguladores da chamada arquitetura da rede. Investigam-se, ainda, as conexões existentes entre as decisões do bloqueio do aplicativo e em que medida há impedimentos à efetivação ao direito à comunicação.

No panorama internacional, a União Europeia e os Estados Unidos da América celebraram novo acordo para troca de dados (*Privacy Shield*) após o anterior (*Safe Harbor*) ter sido declarado nulo pela Corte Europeia de Justiça. E, no final de maio de 2016, entrou em vigor a Diretiva Europeia (n. 680/16) e o Regulamento de Proteção de Dados Pessoais (n. 679/16).

No Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) foi regulamentado pelo Decreto 8.771/16, a Política de Dados Abertos do Poder Executivo foi instituída pelo Decreto 8.777/16, o Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais foi enviado ao Congresso mediante o PL 5.276/16. Nesse contexto, o Projeto de Lei n. 200/2016 foi proposto, almejando alterações no Marco Civil da Internet e tramita na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado.

Tais temas parecem ter conquistado a agenda dos atores estatais e da sociedade civil nos últimos tempos e o protagonismo do Executivo e do Legislativo nas questões acima elencadas é evidente. Assim, a presente pesquisa busca investigar o papel do Judiciário brasileiro enquanto ator regulador deste espaço. A inquietação desta investi-

1 Graduanda, Universidade Federal da Bahia (UFBA), amandaespineira@gmail.com.

2 Doutora, Professora adjunta da Faculdade, de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UNB), anclaud@uol.com.br.

gação tem como base as quatro recentes decisões de bloqueio do aplicativo WhatsApp emitidas por juízes de diferentes estados da federação.

A controvérsia das decisões de bloqueio de WhatsApp envolve casos de equivocada interpretação e aplicação do Marco Civil da Internet. Suscita-se a hipótese de que o Marco Civil tem sido utilizado como uma regulamentação isolada a todo um sistema jurídico e às peculiaridades do ciberespaço que não se reproduzem no mundo físico, o que requer o aprimoramento da interpretação dos marcos regulatórios na arquitetura da rede. A falta de clareza da regulação da Internet, no que diz respeito à proteção e sigilo dos dados e informações do usuário, tem levado o Judiciário a uma interpretação limitada, desmedida das suas consequências.

Dessa forma, levanta-se, do ponto de vista da literatura, perspectivas que se colocam para atuação do Judiciário na regulação do ciberespaço. Metodologicamente, trata-se da revisão da literatura no tema e da apresentação de casos internacionais como resposta à problemática levantada na realidade brasileira.

## 2. AS DECISÕES DE BLOQUEIO DO WHATSAPP E A GOVERNANÇA DA INTERNET

Adota-se, inicialmente, a definição de Governança da Internet como “o desenvolvimento e a aplicação pelos governos, o setor privado e a sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, procedimentos decisórios e programas que moldam a evolução e o uso da Internet.”<sup>3</sup> Há clara referência ao elemento “multissetorial” do conceito utilizado pela Cúpula Mundial ao abordar os papéis e as responsabilidades dos diferentes atores nesse processo de Governança. Tal discussão da CMSI, em 2005, converteu-se na interpretação do termo “Cooperação Aprimorada”, que implica a criação de novos mecanismos de controle ou um organismo internacional adicional para abordar questões de políticas da Internet.

Assim, a partir dessa noção de cooperação e participação de múltiplos atores no processo de Governança da Internet, tem-se como objeto de estudo as decisões recentes de bloqueio de WhatsApp no Brasil. Não obstante o conteúdo de parte dessas decisões ter sido sigiloso, tendo em vista a natureza criminal do seu processo, tramitando em segredo de justiça, busca-se analisar a conjuntura das decisões.

Em fevereiro de 2015, decisão da Central de Inquérito da comarca de Teresina-PI, envolvendo um caso de pedofilia no processo 0013872-87.2014.8.18.014028, ordena o bloqueio do aplicativo, que foi revertido pelo TJ do Estado via Mandado de Segurança n. 201.0001.0019 2-4, antes mesmo de se concretizar a interrupção do serviço. Já em dezembro de 2015, o juiz agora da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, São Paulo, determinou novamente o bloqueio do WhatsApp por 48h, no procedimento de Interceptação Telefônica 0017520-08.2015.8.26.0564, cuja decisão foi derrubada 12 horas depois, pelo MS n. 2271462-77.2015.8.26.0000, impetrado pela empresa Facebook, proprietária do aplicativo e decidida pelo TJ/SP. Ambas fundamentadas no art. 461, §1º do CPC/73.

Já em maio do corrente ano, o juiz Marcel Montalvão de Lagarto/Sergipe definiu

3 WSIS. Tunis **Agenda for the Information Society** (2005), parágrafo 34. Agenda de Tunis PT\_BR. p. 78 Disponível em: <<https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.html> [http://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr\\_DocumentosCMSI.pdf](http://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf)> Acesso em 13 out.2016.

tal bloqueio de forma temporária- por 72 horas- no processo 201655000183. Desta feita, o magistrado utilizou-se de dispositivos do Marco Civil da Internet, art. 10, 11, 13 e 15 e 12, III. A suspensão ocorreu por decisão do TJ/SE, que culminou na ADPF 403, de Relatoria do Ministro Edson Fachin. Por fim, de forma distinta das demais decisões sigilosas, a juíza Daniela Assumpção Barbosa, da Vara de Execuções Penais de Duque de Caxias, Rio de Janeiro, decidiu proferir uma decisão pública em separado, preservando o restante do processo em sigilo e bloqueando novamente o aplicativo, agora em julho de 2016, sendo tal medida que durou cerca de quatro horas, derrubada pelo Min. Lewandowsky.

Diante desse último caso, o PPS pediu, no âmbito da ADPF 403 já proposta, a suspensão do novo bloqueio. A demanda foi analisada liminarmente, ou seja, em cognição sumária, pelo ministro Presidente do Supremo, o qual concluiu que o bloqueio do aplicativo nesse caso parece mesmo violar a garantia de liberdade de expressão e a legislação sobre o tema, sendo também uma medida desproporcional. A decisão do Presidente do Supremo, ao suspender o bloqueio do aplicativo, é fundamentada também no Marco Civil, demonstrando a finalidade a que essa lei se propõe, a partir de uma interpretação sistêmica da norma e de sua importância na conjuntura de regulamentação da Internet:

Como se verifica, o direito de livre expressão e comunicação mereceu destaque do Poder Constituinte originário, com status, inclusive, de cláusula pétrea, ou seja, não pode ser abolido sequer por emenda constitucional.

Na sociedade moderna, a internet é, sem dúvida, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação, objeto de diversos estudos acadêmicos pela importância que tem como instrumento democrático de acesso à informação e difusão de dados de toda a natureza.

Por outro lado, também é fonte de inquietação por parte dos teóricos quanto à possível necessidade de sua regulação, uma vez que, à primeira vista, cuidar-se-ia de um “território sem lei”.

No Brasil, contudo, já se procurou dar contornos legais à matéria. A Lei 12.965/2014 surgiu, exatamente, com o propósito de estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”.

Em seu art. 3º, I, o citado diploma dispõe que o uso da internet no País tem como um dos princípios a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”. Além disso, há expressa preocupação com “a preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas” (art. 3º, V).

Ora, a suspensão do serviço do aplicativo WhatsApp, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa.<sup>4</sup>

Nessas decisões o chamado “Poder de Cautela” do juiz é utilizado como argumento para justificar o bloqueio do aplicativo para todos os usuários no território nacional em uma medida desproporcional diante da finalidade a que se propõe.

A judicialização dessa temática também atingiu o Superior Tribunal de Justiça com o RHC 51.531, cuja decisão da 6ª Turma determinou que o acesso a conversas de WhatsApp de celular apreendido em flagrante policial necessita de autorização judicial, e chegou ao STF por meio da ADI. 5527, ajuizada pelo Partido da República que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade das sanções previstas no Marco Civil da Internet, questionando os incisos III e IV do artigo 12 da Lei, que preveem a suspensão e proibição

4 BRASIL. STF. ADPF 403. Decisão Dje. 01/08/2016. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975500> > Acesso em: 15/10/16, p.6.



do aplicativo no Brasil.

A ação direta supracitada se vale exatamente desses três primeiros casos do bloqueio de WhatsApp para justificar o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos arts. 10, §2.º, e 12, II e III, do Marco Civil da Internet, preceitos normativos que, a rigor, visam assegurar a proteção dos dados e da privacidade dos usuários da internet. Nesse contexto, o Projeto de Lei n.200/2016 é proposto almejando alterações no Marco Civil da Internet e encontra-se atualmente, esperando Relatório da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado. Seu conteúdo visa instituir critérios de aplicação de sanções, bem como vedar, expressamente, a suspensão ou interrupção universais de aplicativos como medida coercitiva em investigação criminal ou processo judicial cível ou penal.

A ADI 5527 recebeu manifestações da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da Advocacia-Geral da União. Tais entes não enxergam uma inconstitucionalidade no Marco Civil da Internet enquanto ato normativo. A AGU e o Senado Federal acolhem e citam declaração do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) no sentido de que o art. 12 prevê sanções para descumprimento de normas de proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas. Assim, para a instituição, o problema está mesmo no âmbito da aplicação da lei nas próprias decisões de bloqueio já ordenadas, que teriam interpretado inadequadamente o Marco Civil. Dessa forma, não há nenhum problema na previsão abstrata das sanções de suspensão e proibição de atividades de provedores de Internet: declará-las inconstitucionais significa sobrepor interesses econômicos de provedores a direitos fundamentais de usuários.

A AGU inclusive demonstra que o Marco Civil da Internet foi editada com o objetivo primordial de proteger os direitos dos usuários da internet, de modo a conferir efetividade às garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão. Essa finalidade é depreendida com clareza da Exposição de Motivos nº 86 - MJ/MP/MCT/MC, referente ao projeto de lei que resultou no diploma legal mencionado. Trecho desse documento (EM n.86), inclusive, demonstra que a função do Marco Civil era aproximar o Direito da Internet, afastando interpretações obscuras e realçando a necessidade de se analisar sistemicamente os dispositivos da Lei n.12.965/2014:

(...) os riscos são, portanto, a) da aprovação desarticulada de propostas normativas especializadas, que gerem divergência e prejudiquem um tratamento harmônico da matéria; b) de prejuízos judiciais sensíveis, até que a jurisprudência se adeque às realidades da sociedade da informação; c) de desencontros ou mesmo omissões nas políticas públicas; e d) de violação progressiva de direitos dos usuários pelas práticas e contratos livremente firmados. 8. Esse quadro de obstáculos faz oportuna a aprovação de uma lei que, abordando de forma transversal a Internet, viabilize ao Brasil o início imediato de um melhor diálogo entre o Direito e a Internet. Uma norma que reconheça a pluralidade das experiências e que considere a riqueza e a complexidade dessa nova realidade. 9. Com esse propósito, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, desenvolveu a iniciativa denominada Marco Civil da Internet no Brasil, a fim de construir, de forma colaborativa, um anteprojeto de lei que estabelecesse princípios, garantias e direitos dos usuários de Internet. A proposta delimita deveres e responsabilidades a serem exigidos dos prestadores de serviços e define o papel a ser exercido pelo poder público em relação ao desenvolvimento do potencial social da rede (...)<sup>5</sup>.

5 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Exposição de Motivos n.86**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm)>. Acesso em: 22 nov.2016, item 7, p.1.

O Instituto Beta para a Democracia (IBIDEM), em parceria com os pesquisadores do Laboratório de Pesquisa, Direito Privado e Internet da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (LAPIN), foi a primeira entidade a ingressar com o *amicus curiae*, nessa ADI, pleiteando o não conhecimento da ação, já que não haveria qualquer infração à Constituição Federal no texto do Marco Civil da Internet, constituindo um problema na esfera da aplicação da lei, o que não justifica os pedidos da ADI.

Outra instituição que ingressou na ação foi o Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS Rio), adotando posição semelhante à da AGU: a interpretação de que o artigo autorizaria bloqueios completos de aplicações estaria incorreta e deve ser declarada inconstitucional. Ao lado disso, a instituição nega a existência de embasamento para suspensões por descumprimento de ordem judicial, como o que teria ensejado as ordens de bloqueio do WhatsApp. Para o ITS, as sanções do art. 12 só poderiam ser aplicadas quando houvesse desrespeito às normas de proteção da privacidade e proteção de dados dos arts. 10 e 11.

Já a Frente Parlamentar pela Internet Livre e Sem Limites concorda com a tese de que as sanções do artigo 12 devem ser impostas às empresas que não agirem conforme decisões judiciais é errada. O art.12 estaria inserido em seção da lei que visa a garantir o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de usuários.

Saindo de uma mera discussão sobre bloqueios e ingressando numa discussão sobre a constitucionalidade de deveres de guarda de dados, a Frente também refuta a interpretação do art. 10 no sentido de que ele obrigaria as empresas provedoras de aplicações virtuais a armazenarem todos os dados, registros de conexão e de conteúdo. O grupo argumenta que a Constituição Federal prevê que se mantenham em sigilo as diversas modalidades de comunicação realizadas entre pessoas privadas, a fim de impedir que o Estado ou outros particulares tenham livre acesso a informações atinentes à esfera íntima dos cidadãos.

Em outubro de 2016, o STF, no bojo da ADPF 403, abriu inscrições para que especialistas em tecnologia possam discutir, em uma audiência pública na Corte, os bloqueios judiciais que impedem o acesso ao aplicativo WhatsApp. Os especialistas ou as entidades interessadas em participar da discussão deverão ter representatividade, especialização técnica e expertise no tema, sendo selecionados um número de participantes que garanta a pluralidade da discussão. O que será objeto central desse debate é a necessidade de bloqueio do WhatsApp a nível nacional para viabilizar investigações policiais. A seleção desses especialistas pressupõe a resposta a quatro perguntas básicas que norteiam bem o tema, quais sejam:

- 1 – Em que consiste a criptografia ponta a ponta (end to end) utilizada por aplicativos de troca de mensagens como o WhatsApp?
- 2 – Seria possível a interceptação de conversas e mensagens realizadas por meio do aplicativo WhatsApp ainda que esteja ativada a criptografia ponta a ponta (end to end)?
- 3 – Seria possível desabilitar a criptografia ponta a ponta (end to end) de um ou mais usuários específicos para que, dessa forma, se possa operar interceptação juridicamente legítima?
- 4 – Tendo em vista que a utilização do aplicativo WhatsApp não se limita a apenas uma plataforma (aparelhos celulares/smartphones), mas permite acesso e utilização também em outros meios, como, por exemplo, computadores (no caso do WhatsApp mediante o WhatsApp Web/Desktop), ainda que a criptografia ponta a ponta (end to end) esteja habilitada, seria possível “espelhar” as conversas travas no aplicativo para outro celular/smartphone ou computador, permitindo que se implementasse ordem judicial de interceptação em



Ainda diante da ADPF 403, houve o pedido para ingressar como *amici curiae* de cinco instituições. Todas concordam com o argumento da petição inicial de que os bloqueios do WhatsApp geraram violação à liberdade de comunicação, disciplinado pelo art. 5º, IX da CRFB, e pediram a procedência do pedido da ADPF de suspensão do bloqueio. Por outro lado, a Procuradoria-Geral da República (PGR) e o Ministério da Justiça e Cidadania defendem a extinção da ação sem resolução de mérito, pelo fato de a decisão objeto já ter sido suspensa e por não ter sido indicado ato do poder público lesivo a preceito fundamental, considerando a decisão de bloqueio proporcional aos fins que visava. Não haveria, assim, violação à liberdade de comunicação. A PGR, por fim, pede para se manifestar sobre o mérito da questão apenas após a realização da audiência pública, demonstrando as incertezas e complexidade do tema.

Apesar da convergência entre as instituições que figuraram como amigas da Corte, notam-se algumas distinções em relação à fundamentação e à extensão dos pedidos, que serão rapidamente especificadas, a fim de demonstrar os argumentos utilizados nesse debate. A Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (ASSESPRO) caracterizou o ato judicial de bloqueio como inconstitucional também por impedimento ao livre acesso de todos à informação (inc. XIV do art. 5º) e proibição à continuidade do próprio objeto social da WhatsApp (art. 170 da CF, parágrafo único, inc. IV.). Na mesma linha, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE) pede o impedimento a qualquer outra decisão judicial que venha causar lesão aos preceitos fundamentais violados de liberdade de expressão, de comunicação e de intimidade e comunicação privada.

O IBIDEM e o LAPIN voltaram-se para os argumentos das decisões de bloqueio do WhatsApp e concluíram como desnecessária e ímproba a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do Marco Civil, por não impedir que outras decisões judiciais se baseiem em outros preceitos normativos para o bloqueio ou suspensão de aplicativos ou sites.

A Frente Parlamentar pela Internet Livre e Sem Limite, por sua vez, vai além da questão dos bloqueios e pede a declaração de interpretação conforme a Constituição ao art. 10 do MCI caput e parágrafo 2º, para que seja inconstitucional a interpretação de que haveria um dever irrestrito de guarda de registros de acesso, de conexão e de conteúdos de comunicações. O grupo também retoma a discussão central da ADPF: caso seja entendida como necessária a guarda contínua e irrestrita dos dados e conteúdo das comunicações privadas, pediu que se interprete conforme a Constituição o art. 12, incisos III e IV, do Marco Civil e que o STF defina expressamente tal artigo como não hábil para basear penas a empresas que descumpram ordem judicial de apresentação de dados, registros ou comunicações privadas. O ITS, por fim, teve a mesma posição quanto ao art. 12.

Parte-se do pressuposto, nesta investigação, que a atuação do Judiciário, enquanto integrante do Estado, deveria ser pautada pela atuação mínima e a defesa dos valores democráticos. Nesse sentido, Pierre Lévy caracteriza o ciberespaço como um

---

6 BRASIL.STF. ADPF 403. Decisão Dje 04/11/2016. Min. Edson Fachin. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/proceso/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975500>> Acesso em: 21/11/16. pp.9-10.

espaço democrático, uma vez que “abriga negociações sobre significados, processos de reconhecimento mútuo dos indivíduos e dos grupos por meio das atividades de comunicação, harmonização e debate entre os participantes”.<sup>7</sup>

Lévy expõe também em sua obra outro conceito importante para esta pesquisa, qual seja a ambivalência de significações que envolvem as técnicas no mundo digital, já que por trás desse movimento reagem ideias, projetos sociais, interesses econômicos, em suma: o conjunto de interesses e pressões do homem em sociedade. Assim, a arquitetura da rede, enquanto forma de regulação do ciberespaço, deve ser vista como um meio de facilitar as investigações criminais e decisões judiciais, ao invés de constituir um sistema de proteção do sigilo de comunicação e dos dados da grande maioria dos usuários.

A regulação do ciberespaço e as particularidades desta arena pública de interação social, entretanto, parecem ser algo de difícil compreensão para algumas autoridades do Judiciário, que atuam sem se preocupar com os chamados efeitos inibidores e colaterais da decisão. Dessa forma, a partir do conceito de uma sociedade em rede<sup>8</sup>, que demonstra que todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora não determinados) pelo novo meio tecnológico, compreende-se que o poder público não é o único agente regulador da internet.

Trecho da decisão proferida em julho de 2016 no Rio de Janeiro corrobora a hipótese apresentada acima:

O Juízo requer, apenas, a desabilitação da chave de criptografia, com a interceptação do fluxo de dados, com o desvio em tempo real em uma das formas sugeridas pelo MP, além do encaminhamento das mensagens já recebidas pelo usuário e ainda não criptografadas, ou seja, as mensagens trocadas deverão ser desviadas em tempo real (na forma que se dá com a interceptação de conversações telefônicas), antes de implementada a criptografia. Ora, se assim não fosse, inviável seria a quebra do sigilo de correspondência, ligações telefônicas ou correios eletrônicos (Gmail, Yahoo, Hotmail etc), sempre possível em decorrência de ordem judicial, sendo certo que tais serviços – ou suas empresas – jamais deixaram de ser confiáveis em virtude da possibilidade legal de quebra<sup>9</sup>.

Observa-se que há certa confusão entre discussões regulatórias e técnicas relativas ao grau de inviolabilidade do conteúdo das mensagens e das possibilidades cominatórias da decisão que determine a sua flexibilização. Importante perceber até que ponto é tecnicamente viável, juridicamente cabível e politicamente desejável relativizar-se a garantia constitucional da intimidade. As decisões recentes parecem fundamentar-se apenas no universo de medidas que estão à disposição da Justiça para assegurar a sua eventual eficácia nesse sentido.

A falta de clareza da regulação da Internet, no que diz respeito à proteção e sigilo dos dados e informações do usuário, tem levado ao Judiciário a uma interpretação limitada, desmedida das suas consequências. Nesse sentido, Soares<sup>10</sup> bem pontua:

7 LÉVY, P. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p.24.

8 CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. 11. ed. Trad. Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008, et.al.

9 BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza. Duque de Caxias, RJ, jul. 2016. Disponível em: <[https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv\\_5ubnFudjU-wMm9OZGc/view](https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv_5ubnFudjU-wMm9OZGc/view)>. Acesso em: 18 nov. 2016, p.12.

10 SOARES, P. F. **A regulação diante da evolução da essencialidade do serviço público: a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações nos Estados Unidos**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p.10.

O fenômeno regulatório não pode ser visto de maneira isolada e unidirecional a partir do Estado (state-centered). Deve focar no contexto social (society-centered), segundo a dinâmica das múltiplas interações ocorridas no espaço regulatório (regulatory space) ou nas muitas arenas de discussão (many rooms), dentre elas o Poder Judiciário, também apontado como um ator do processo político.

A partir da análise acima, resta evidente a existência de grande preocupação com a proteção da privacidade e do anonimato na internet, assim como com sua compatibilização em relação aos demais direitos fundamentais. A integração entre os atores que compõem a noção de governança multissetorial apresentada acima parece ser uma utopia quando inserimos a participação do Judiciário brasileiro nesse contexto, tomando como ponto de partida as recentes decisões de bloqueio do Whatsapp.

Outra decisão envolvendo a empresa, ocorreu em junho de 2016, quando a Justiça Federal em Londrina, no norte do Paraná, mandou bloquear R\$ 19,5 milhões das contas do Facebook, por multas aplicadas em decorrência do descumprimento de uma decisão judicial. Conforme a decisão, a empresa se recusou a liberar dados do aplicativo de mensagens de traficantes investigados. Nessa ocasião, a decisão do Poder Judiciário se demonstra mais razoável e ponderada, como medida coercitiva para o cumprimento da ordem anterior.

Uma pesquisa recente feita por uma companhia americana de marketing digital apontou que o aplicativo de celular mais importante para os brasileiros é o WhatsApp. Diante dessa conjuntura, o debate sobre a essencialidade desse serviço e sobre a classificação do uso da Internet e desse aplicativo como Direito Fundamental voltam à tona. O recente documentário “Freenet”<sup>11</sup>, iniciativa de quatro entidades da sociedade civil brasileira: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), Instituto Nupef, Intervenções e Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio (ITS-Rio), traduz exatamente essa necessidade de debater os rumos da web e garantir uma internet livre e que assegure os direitos dos cidadãos.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) veio regulamentar a Internet, de modo a garantir que sua arquitetura, protocolos e funcionamento permaneçam livres e descentralizados. O Projeto de Lei de iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, lançado em 2009, que teve consulta pública no seu processo de formação e regulamentação, pretendia delimitar deveres e responsabilidades a serem exigidos dos prestadores de serviços, definindo o papel a ser exercido pelo poder público em relação ao desenvolvimento do potencial social da rede.

Seus defensores argumentam que a ausência de um marco regulatório representa incerteza jurídica quanto ao resultado de questões judiciais relacionadas à Internet. A falta de previsibilidade não só desincentiva investimentos na prestação de serviços por meio eletrônico, restringindo a inovação e o empreendedorismo, como dificulta o exercício de direitos fundamentais relacionados ao uso da rede, cujos limites permanecem difusos e sem instrumentos adequados para sua efetivação.

Ademais, o livre mercado seria ruim para os consumidores porque as operadoras poderiam restringir a Internet em alguns aplicativos para beneficiar outros e por isso

seria necessário regular o setor por meio do Estado.

Já os críticos da regulamentação apresentem a visão de que antes do Marco Civil, a concorrência entre operadoras, apesar de extremamente limitada pela Anatel, impedia que alguma empresa prejudicasse os usuários caso resolvesse limitar o acesso a algum aplicativo. A Lei teria centralizado as decisões e destruído a diversidade do setor, impedindo que os consumidores manifestem suas necessidades no mercado.

Em um panorama internacional destaca-se o precedente da Suprema Corte Americana *Bernstein v. United States Department of State*<sup>12</sup> em que a criptografia foi reconhecida como uma manifestação da liberdade de expressão e a sua regulamentação por órgãos estatais foi considerada inconstitucional. Superou-se, assim, a compreensão belicista da criptografia da década de 90, quando o Departamento de Estado dos EUA classificava a criptografia como munição militar e regulava sua exportação, substituída por uma posição mais próxima da sociedade civil. Ademais, no caso *Riley v. California*<sup>13</sup>, reconheceu-se a necessidade de prévia autorização judicial para o acesso aos dados armazenados em aparelho celular. A opinião da Corte foi pronunciada pelo *Chief Justice John Roberts*, que elucidou a necessidade de se separar o acesso físico a um celular do acesso ao conteúdo digital nele armazenado.

Há, ainda, a emissão em junho de 2014 do relatório "*The right to privacy in the digital age*"<sup>14</sup> do Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, endossado por resolução da 36ª *International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners* (com a abstenção do *U. S. Federal Trade Commission*), na medida em que reconhece que o direito internacional dos direitos humanos protege o direito à privacidade no contexto dos avanços das tecnologias da informação e da comunicação, e recomenda o enfrentamento dos desafios suscitados através do diálogo entre todas partes interessadas.

Na União Europeia, não apenas a criptografia tem suscitado expressivos embates, como também o anonimato, sobretudo após o episódio que envolveu Edward Snowden, a *National Security Agency* (NSA), alguns Primeiros Ministros de países europeus e a Presidente do Brasil. O fluxo transnacional de dados recentemente ensejou a celebração de um novo acordo entre União Europeia e Estados Unidos (*Privacy Shield*<sup>15</sup>). No final do mês de abril deste ano, o Parlamento Europeu promulgou o Regulamento 679/2016, que disciplina a proteção e a livre circulação de dados pessoais, bem como a Diretiva 680/2016<sup>16</sup>, que dispõe sobre as autoridades competentes para promover a prevenção de infrações e imposição de sanções.

Com o objetivo de proteger a privacidade dos indivíduos, o art. 5º (1) (f) do Regulamento 679/2016 destaca a confidencialidade e a integridade como dois princípios essenciais para o tratamento de dados pessoais. A preocupação com este aspecto é tamanha que, no art. 25 (1), o Regulamento prevê que os dados devem ser protegidos

---

12 US. Supreme Court of the United States. Third Page of Argument. **Bernstein v. United States Department of State**, p.6. Disponível em: <<https://www.eff.org/cases/bernstein-v-us-dept-justice>> Acesso em: 15/10/16.

13 US. Supreme Court of the United States. **Riley v. California** (573 US 2014), p.26. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_8l9c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf)> Acesso em: 14/10/16.

14 UN. United Nations High Commissioner for Human Rights. **The right to privacy in the digital age**, 2014, p.16. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/A-HRC-27-37\\_en.doc](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/A-HRC-27-37_en.doc)>. Acesso em: 02/09/16.

15 EUROPEAN COMMISSION. **EU-U.S. Privacy Shield**, 2016, p.1. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet\\_eu-us\\_privacy\\_shield\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_eu-us_privacy_shield_en.pdf)>. Acesso em 13/10/16.

16 UE. **Regulamento 679/2016**, art. 4º e **Diretiva 680/2016**, art. 3º. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT>> Acesso em: 15/10/16.

desde sua concepção, ou seja, desde a definição dos meios de tratamento o responsável deverá prever formas adequadas de garantir a confidencialidade e integridade.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da conjuntura acima apresentada, a utilização do Marco Civil da Internet como legitimador dos bloqueios do WhatsApp seria uma questão de insegurança da legislação ou má interpretação pelo Judiciário? Como a tomada de decisão pode influenciar no acesso à informação e no direito à comunicação? Haveria uma colisão de princípios: da neutralidade da rede (art. 9º) com o art. 12, da punição de uma empresa com bloqueio de suas atividades caso a mesma não cumpra as ordens judiciais? Como o direito à comunicação vem sendo interpretado nas decisões que discutem o uso de mídias sociais? Como a tomada de decisão pode influenciar no acesso à informação e no direito à comunicação?

Esse debate não somente coloca perspectivas para o exercício e efetivação do direito à comunicação, como destaca a importância dos estudos sobre padrões decisórios do Judiciário no Brasil. Há nos estudos jurídicos algumas lacunas para compreender o sentido das decisões em sede de controle jurisdicional, para além da perspectiva do direito posto, é necessário compreender como os Tribunais e, no caso, em específico, o STF interpreta esse direito. Há uma correlação com o processo de debate na sociedade? Como o debate interinstitucional se coloca nesse contexto?

Nesse conjunto de questões, ganha relevo a necessidade de o princípio da proporcionalidade atuar de maneira a estabelecer o equilíbrio entre as medidas restritas e o direito à proteção de dados pessoais. O Marco Civil e as demais legislações regulatórias do ciberespaço devem ser analisados em um patamar regulatório democrático voltado à proteção dos dados e da privacidade do internauta, que comporta aplicação em harmonia com o cumprimento de decisões judiciais. As decisões judiciais para tratar de uma violação pontual, não podem acarretar danos graves, quando generalizadas ao exercício da liberdade de comunicação.

Assim como os desafios internacionais acima apresentados em que as atividades de prevenção, investigação, repressão e sanção criminal apenas podem limitar o direito à proteção de dados pessoais desde que minimamente respeitem a essência dos direitos e liberdades fundamentais que dele decorrem, as sanções previstas no art. 12 do Marco Civil da Internet também devem ser pautadas pelo adequação, necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito do seu alcance. Ademais, tomando o modelo americano como exemplo, o diálogo entre os atores que compõem a Governança da Internet, sobretudo a participação da Sociedade Civil são aprendizagens importantes a serem importadas para o Brasil.

Esta pesquisa não se esgota, pretende-se aprofundar as investigações sobre as decisões do bloqueio do WhatsApp e sua conjuntura, com o enfoque nacional, entretanto, em pesquisa de Mestrado, cujo projeto encontra-se em fase de seleção. Almeja-se, inclusive, durante os dois anos de desenvolvimento do projeto, construir questionários qualitativos e realizar entrevistas semi-estruturadas com uma amostra de atores importantes na construção desse tema, inclusive aqueles responsáveis por bloquear e suspender os aplicativos das decisões objeto deste estudo. Além de realizar uma observação participante das audiências públicas convocadas no âmbito da ADPF 403.



## 4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527**. Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4983282>>. Acesso em: 14/10/16.

\_\_\_\_\_. **ADPF 403**. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4975500>> Acesso em: 15/10/16.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza. Duque de Caxias, RJ, jul. 2016. Disponível em: <[https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv\\_5ubnFudjUwM-m9OZGc/view](https://drive.google.com/file/d/0Bw3seZUv_5ubnFudjUwM-m9OZGc/view)>. Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Exposição de Motivos n.86**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm)>. Acesso em: 22 nov.2016.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. 11. ed. Trad. Roneide Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

EUROPEAN COMMISSION. **EU-U.S. Privacy Shield**, 2016. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet\\_eu-us\\_privacy\\_shield\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_eu-us_privacy_shield_en.pdf)>. Acesso em 13/10/16.

LÉVY, P. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MURRAY, Andrew. **Information technology law: the law and society**. London: Oxford University Press, 2013.

SOARES, P. F. **A regulação diante da evolução da essencialidade do serviço público: a reclassificação da banda larga como serviço de telecomunicações nos Estados Unidos**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016

SOMBRA, T. **Os rumos da agenda de proteção de dados e da privacidade na internet**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-rumos-da-agenda-de-protecao-de-dados-e-da-privacidade-na-internet>> Acesso em: 23/07/16.

UE. **Regulamento 679/2016 e Diretiva 680/2016**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT>> Acesso em: 15/10/16.

UN. United Nations High Commissioner for Human Rights. **The right to privacy in the digital age**, 2014. Disponível em:< [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/A-HRC-27-37\\_en.doc](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/A-HRC-27-37_en.doc)>. Acesso em: 02/09/16.

US. Supreme Court of the United States. Third Page of Argument. **Bernstein v. United States Department of State**. Disponível em: <<https://www.eff.org/cases/bernstein-v-us-dept-justice>> Acesso em: 15/10/16.

\_\_\_\_\_. **Riley v. California**, 2014. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132\\_8l9c.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf)> Acesso em: 14/10/16.

WSIS (World Summit on the Information Society). **Tunis Agenda for the Information Society** (2005), parágrafo 34. Agenda de Tunis PT\_BR. p. 78 Disponível em: <[http://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr\\_DocumentosCMSI.pdf](http://cgi.br/media/docs/publicacoes/1/CadernosCGIbr_DocumentosCMSI.pdf)> Acesso em: 13/10/16.





# OS PROGRAMAS DE *SURVEILLANCE* EXTRATER- RITORIAL E O DIREITO GLOBAL À PRIVACIDADE

Bruno de Oliveira Biazatti<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2013, Edward Snowden tornou público uma série de documentos sigilosos dos Estados Unidos da América (EUA), descrevendo detalhes de diversos programas de vigilância eletrônica (*surveillance*) executados pela Agência de Segurança Nacional (em inglês: *National Security Agency - NSA*). Esses documentos revelam que os programas de *surveillance* norte americanos possuem uma escala nada menos que global e envolvem até mesmo chefes de Estado, como Dilma Rousseff e Angela Merkel. A revelação da magnitude desses programas de vigilância incitou indignação entre os Estados que se descobriram na posição de alvos, dando início a intensos debates acerca dos limites dessas atividades de inteligência<sup>2</sup>.

Naturalmente, o tema foi logo incluso na agenda da Organização das Nações Unidas (ONU) e, por uma iniciativa conjunta do Brasil e da Alemanha, a Resolução no. 68/167 foi adotada na Assembleia Geral, em 21 de janeiro de 2014. Esse documento enfatizou o caráter vinculante do direito à privacidade, de forma que os Estados não podem realizar interferências arbitrárias ou ilegais na vida privada, na família, no lar ou na correspondência dos indivíduos. A Resolução destaca ainda que o direito à privacidade também deve ser respeitado no âmbito digital, sendo que os Estados têm o dever de rever os seus procedimentos e legislações sobre vigilância, interceptação e coleta de comunicações e dados pessoais, incluindo os programas de vigilância eletrônica em massa, de forma a garantir o respeito integral e efetivo do direito à vida privada. O tema também foi incorporado ao mandato do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que produziram relevantes relatórios e resoluções sobre os impactos negativos dos programas de vigilância eletrônica ao direito à vida privada.

A legalidade da condução de atividades de *surveillance* pelos Estados contra a sua própria população já é questão que enseja vívidos debates. Contudo, a controvérsia se torna ainda mais intrincada (e interessante) ao analisar-se a vigilância eletrônica e coleta de dados de pessoas que se encontram fora dos limites territoriais do Estado, ou seja, aquelas práticas de *surveillance* que coletam informações e interceptam conversas de indivíduos localizados em países diferentes daquele que realiza essas práticas. De forma simplificada, podemos dizer que se trata de uma *surveillance* extraterritorial, tornando a população de qualquer Estado um alvo em potencial de programas estrangeiros de vigilância eletrônica. A África do Sul, por exemplo, adotou em 2011 o *General Intelligence Laws Amendment Bill*, que autoriza a interceptação de comunicações estrangeiras fora da África do Sul ou que estejam passando pelo país. Em dezembro de 2012, o Paquistão promulgou o *Fair Trial Act of 2012*, que prevê a execução de mandados de vigilância em outros Estados. Naquele mesmo mês, o Congresso norte americano, por meio do *2008*

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Geral (UFMG). Coordenador de Projetos no Centro de Direito Internacional (CEDIN). E-mail: bbiazatti@gmail.com

<sup>2</sup> MILANOVIC, Marko. Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age. **Harvard International Law Journal**, Boston, Vol.56, No.1, 81-146, 2015, p.82.

*Foreign Intelligence Surveillance Amendment Act*, autorizou que o Presidente implemente práticas de *surveillance* contra indivíduos localizados fora dos EUA.

Esse paradigma deu ensejo a debates acerca da existência de um direito global à privacidade, segundo o qual qualquer indivíduo teria a pretensão legítima de ter o seu direito à vida privada protegido em face de qualquer Estado. Nesse prisma, o direito à privacidade teria uma eficácia extraterritorial, capaz de garantir proteção a todas as pessoas, numa escala global. O presente trabalho objetiva apresentar os principais argumentos contrários e os favoráveis à existência desse direito global ou extraterritorial à vida privada. Depois de descritas essas ponderações, o autor apresentará os motivos pelos quais defende esse direito.

## 2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À EXISTÊNCIA DO DIREITO GLOBAL À PRIVACIDADE

### 2.1. Os argumentos de Orin Kerr

O professor Orin Kerr defende que os governos dos Estados encontram a sua legitimidade no consentimento dos seus respectivos governados, conjuntura essa que cria direitos e obrigações apenas para os nacionais do Estado em questão e aqueles indivíduos que se encontram em seu território. Em resumo, Kerr afirma que os Estados não são responsáveis pela proteção dos direitos humanos em todo o mundo. Diante desse paradigma, a existência de um direito global à privacidade se torna impossível, já que estrangeiros localizados no território de outros Estados não têm nenhum direito em face do Estado que realiza atividades de vigilância além de sua fronteiras<sup>3</sup>.

O argumento desenvolvido por Kerr encontra respaldo no caso *United States v. Verdugo-Urquidez*, julgado em 1990, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Esse processo diz respeito ao julgamento criminal, nos Estados Unidos, de um *drug lord* mexicano acusado de matar um agente da *US Drugs Enforcement Agency*. O réu foi detido por agentes norte-americanos em sua residência no México e levado coercitivamente aos Estados Unidos para enfrentar julgamento. Um dos agentes envolvidos nessa missão de detenção vasculhou, sem mandado judicial, a casa desse narcotraficante e encontrou um manifesto com dados dos fornecedores e clientes de entorpecentes. O réu questionou a admissibilidade desse manifesto como evidência na instrução criminal, já que, segundo a Constituição dos Estados Unidos, provas colhidas sem mandado judicial não serão admitidas em ações perante o judiciário. A Suprema Corte rejeitou essa argumentação. Segundo a maioria dos juízes, essa garantia constitucional não se aplica aos estrangeiros localizados fora do território norte americano, mas apenas aos cidadãos que vivem nos Estados Unidos. Assim, como a obtenção do manifesto ocorreu no México em desfavor de um nacional mexicano, a Constituição não poderia ser aplicada nesse caso específico<sup>4</sup>.

Contudo, a tese de Oliver Kerr está em desacordo com a própria universalidade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, que determina que os direitos humanos são universais e aplicáveis a todos os seres humanos<sup>5</sup>. A universalidade dos di-

3 KERR, Orin. **Should U.S. Law Protect the Privacy of Foreigners Abroad?**, 2013. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/should-us-law-protect-privacy-foreigners-abroad>>. Acesso em: 14/10/16; KERR, Orin. **A Reply to David Cole on Rights of Foreigners Abroad**, 2013. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/reply-david-cole-rights-foreigners-abroad>>. Acesso em: 14/10/16.

4 ESTADOS UNIDOS. *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990).

5 MILANOVIC, Marko. Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age. **Harvard International**

reitos humanos foi reconhecida na II Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, realizada em 1993, em Viena, na Áustria. Nesse evento, a delegação de Portugal apresentou uma sustentação oral particularmente contundente ao afirmar que os direitos humanos são

[...] direitos ancorados na natureza humana e que preexistem, na sua essência, aos Estados e aos Governos. [...] Na origem da organização das nossas sociedades está o homem, com determinados direitos inalienáveis e imprescritíveis. [...] Seria presunção nossa e um claro abuso pensar que, em vez de reconhecer e garantir, a comunidade dos Estados concede ou cria os direitos humanos. Daqui deriva que o Estado [...] deve respeitar os direitos e a dignidade de seus cidadãos e que não pode, em nome de alegados interesses coletivos - econômicos, de segurança ou outros - ultrapassar a fronteira que lhe é imposta pela própria anterioridade dos direitos do homem e sua primazia relativamente a quaisquer fins ou funções do Estado. [...] [Assim,] uma outra consequência desta concepção é princípio da universalidade. Importa relembrar, que qualquer que seja o contexto geográfico, étnico, histórico ou socioeconômico em que cada nós se insere, a cada homem assiste um conjunto inderrogável de direitos fundamentais. Não podemos admitir que, consoante o nascimento, o sexo, a religião, se estabeleçam diferenças em termos de dignidade de cidadãos. [...] É óbvio que esse princípio de universalidade é compatível com a diversidade cultural, religiosa, ideológica e que a própria variedade de crenças, de ideias e de opiniões dos homens é uma riqueza a defender e têm um valor próprio e que importa respeitar. Mas argumentar com esta diversidade para limitar os direitos individuais, como infelizmente se registra aqui e além, não é permissível, nem em termos de lógica, nem em termos de moral<sup>6</sup>.

Ao final da Conferência, os Estados adotaram a Declaração e Plano de Ação de Viena, expressamente afirmando que:

[t]odos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.<sup>7</sup>

Nesse prisma, os direitos humanos são inerentes à própria pessoa humana e, portanto, devem ser protegidos e exercidos pelo simples fato de o indivíduo ser parte integrante da Humanidade e não como uma concessão das autoridades estatais e nem como decorrência de uma conjuntura histórica ou da nacionalidade de certo indivíduo. Tais direitos são independentes de qualquer forma de organização político-social, incluindo o Estado, pois eles precedem e são superiores ao próprio Estado<sup>8</sup>. Assim, os direitos humanos ou são universais ou não existem, pois sem a sua conotação universal imanente, a titularidade de tais direitos pertenceria a grupos específicos ou determinadas pessoas e não a cada indivíduo de forma equânime e universal. Os direitos emanam da própria essência humana de cada indivíduo, algo que jamais lhe será privado ou limitado, independente de qualquer crença religiosa, rito cultural ou vínculo de nacionalidade. Ademais, todas as culturas e religiões, apesar de suas incontáveis formas de manifestação, possuem uma inerente preocupação com a dignidade humana, de forma

---

**Law Journal**, Boston, Vol.56, No.1, 81-146, 2015, p.97-98.

6 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol.III, Porto Alegre: Fabris, 2003, p.279-280.

7 ONU. **Vienna Declaration and Programme of Action**, World Conference on Human Rights, A/CONF.157/23, Vienna, 12 July 1993, p.3.

8 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion**, ICJ Reports 2010, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para.198.

que a variação cultural se torne uma evidência e não um empecilho ao universalismo.

## 2.1. Os argumentos de Benjamin Wittes

Benjamin Wittes também nega a existência de um direito extraterritorial à privacidade. Wittes aponta que os autores que defendem esse direito não conseguem indicar, com o mínimo de precisão, qual o seu conteúdo obrigacional. Ele indica que esses autores não foram capazes de especificar quais são as garantias e obrigações que esse alegado direito global à vida privada garante. Além disso, Wittes destaca que a relação entre esse direito extraterritorial à privacidade e as atividades de espionagem no exterior (que praticamente todos os Estados do mundo fazem) está longe de ser clara. Ele afirma que a maioria das atividades de espionagem inexoravelmente violam a privacidade, já que envolvem o roubo de segredos que são ditos ou discutidos privadamente pelas pessoas<sup>9</sup>.

Acredito que Benjamin Wittes apresenta pertinentes questionamentos quanto ao efetivo alcance obrigacional do direito global à privacidade, mas as suas observações não são suficientes para negar a existência desse direito. Afinal, as dificuldades que de fato existem para especificar as obrigações decorrentes do direito global à privacidade apenas reforçam que esse direito é profundamente complexo, e não que ele não existe.

## 3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EXISTÊNCIA DO DIREITO GLOBAL À PRIVACIDADE

O direito extraterritorial à privacidade foi defendido por Frank La Rue, em seu relatório sobre o direito à liberdade de opinião e de expressão, publicado em 2013. La Rue destacou que a *surveillance* extraterritorial é particularmente danosa aos direitos humanos, porque aqueles que são alvos de tais práticas se encontram impedidos de saber que estão sob vigilância estrangeira e não têm meios efetivos para contestar as decisões autorizando essa prática, ou requerer reparações por eventuais danos<sup>10</sup>.

O direito global à privacidade também foi defendido por Kenneth Roth, atual Diretor do *Human Rights Watch*. Ele destacou que as propostas para garantir maior transparência às atividades de vigilância dos EUA, apesar de importantes, não incluem proteção para pessoas no exterior. Diante disso, Roth afirma que “[t]odos os Estados devem reconhecer uma obrigação global de proteger a privacidade de todos e esclarecer os limites de suas próprias práticas de vigilância (incluindo a vigilância de pessoas fora de suas fronteiras)”<sup>11</sup>. (tradução livre).

O professor David Cole também defende a existência desse direito em seu artigo *“We Are All Foreigners: NSA Spying and the Rights of Others”*. Escrevendo especificamente na perspectiva dos EUA e da NSA, ele indicou “[...] que nós não podemos assumir que simplesmente porque alguém não é um cidadão dos EUA, ele ou ela não é merecedor da proteção fundamental à privacidade. A privacidade é um direito humano e não um privilégio da cidadania dos EUA.”<sup>12</sup> (tradução livre). Já no seu artigo *“Reining in the NSA”*, David

9 WITTES, Benjamin. **The global human right to privacy**, 2013. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/global-human-right-privacy>>. Acesso em: 16/10/16.

10 CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. **Report of the Special Rapporteur Frank La Rue on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. UNDoc.A/HRC/23/40, 2013, p.17.

11 ROTH, Kenneth. **NSA: our analogue spying laws must catch up with the digital era**, 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/10/nsa-analogue-spying-laws-surveillance-digital-era>>. Acesso em: 14/10/16.

12 COLE, David. **We Are All Foreigners: NSA Spying and the Rights of Others**, 2013. Disponível em: <<https://www.justsecuri->

Cole acrescenta que a obrigação de respeitar a privacidade de estrangeiros encontra fulcro em tratados sobre direitos humanos, em especial o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos<sup>13</sup>.

Apesar disso, Cole aponta que, de fato, é muito fácil e conveniente sacrificar a privacidade de estrangeiros, que vivem em outros países, a fim de beneficiar a própria segurança. Contudo, ele também lembra que a condição de estrangeiro é uma simples questão de perspectiva. Na verdade, somos todos estrangeiros do ponto de vista dos outros Estados. Assim, se entendermos que nenhuma proteção é devida aos nacionais de outros Estados, por que devemos esperar que eles respeitem a nossa privacidade? À luz dessas observações, fica claro que a proteção da vida privada de pessoas em outros Estados é, de fato, uma forma de salvaguardar o próprio interesse da população local, por meio do estabelecimento de certos princípios recíprocos no tocante à proteção da privacidade. Além disso, Cole também aponta que um aspecto essencial do serviço de inteligência estatal é a cooperação transnacional. Se um Estado realiza atos de *surveillance* em massa contra a população e os chefes de Estado estrangeiros, os países vítimas dessas práticas se tornarão bem menos propensos a cooperar.

#### 4. A EXTRATERRITORIALIDADE DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DO DIREITO GLOBAL À PRIVACIDADE

Ao analisar os argumentos acima, me alinho com o defendido por Roth, Cole e La Rue ao sustentar a existência de um direito extraterritorial à vida privada. A meu ver, a argumentação adequada para fundamentar esse direito se assenta no conceito de jurisdição de tratados sobre direitos humanos, especificamente aqueles que positivam o direito à vida privada. Seguindo os conceitos básicos apresentados por Marko Milanovic sobre o tema, nota-se que a jurisdição de tratados sobre direitos humanos deve ser entendida como o âmbito de aplicação desses instrumentos, isto é, a determinação das pessoas que têm direito às garantias presentes no tratado em questão<sup>14</sup>. Assim, as obrigações convencionais de um Estado, inclusive o dever de respeitar a privacidade, devem ser estendidas a todas as pessoas que estejam sob sua jurisdição, inclusive quando se encontram fora de suas fronteiras físicas.

Contudo, saber que um certo tratado sobre direitos humanos será aplicado onde um Estado exerce jurisdição não resolve o problema de forma alguma, vez que novos questionamentos surgem: quais são as condições para o exercício de jurisdição do Estado? Quem são as pessoas que podem ser consideradas sob a jurisdição do Estado? É nesse prisma que o Direito Jurisprudencial Internacional, “[...] como meio auxiliar para a determinação das regras de direito [...]”,<sup>15</sup> (tradução livre) se torna instrumento fundamental para responder essa pergunta. Analisar-se-á aqui três litígios da Corte Europeia de Direitos Humanos: **(4.1)** o *Caso Titina Loizidou v. Turquia* (1995 e 1996); **(4.2)** o *Caso Vlastimir Banković e outros v. Bélgica e outros* (2001); **(4.3)** o *Caso Halima Musa Issa e outros v. Turquia* (2004).

---

[ty.org/2668/foreigners-nsa-spying-rights/](http://ty.org/2668/foreigners-nsa-spying-rights/). Acesso em: 14/10/16.

13 COLE, David. **Reining in the NSA**, 2013. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/daily/2015/06/02/nsa-surveillance-congress-sunset/>>. Acesso em: 14/10/16.

14 MILANOVIĆ, Marko. From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, **Human Rights Law Review**, Oxford, Vol.8, p.1-40, 2008, p.1-40.

15 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Statute of the International Court of Justice**, 33 UNTS 331, 26 June 1945, art.38(1)(d).



## 4.1. Caso Titina Loizidou v. Turquia (1995 e 1996)

A senhora Titina Loizidou, autora do processo, possui uma propriedade imóvel na República Turca do Chipre do Norte (RTCN), uma região da Ilha do Chipre que foi ocupada pela Turquia, em 20 de julho de 1974. Ela alega que os soldados turcos não permitem que ela regresse a esse imóvel e goze do seu direito de propriedade.<sup>16</sup> Para tanto, organizou-se uma manifestação que objetivava chamar a atenção da coletividade sobre a arbitrariedade da Turquia na região, da qual Loizidou participou. Contudo, a passeata foi interrompida por soldados turcos, sendo que vários manifestantes foram detidos por horas, inclusive a Loizidou.

Diante disso, ela submeteu uma petição perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, em desfavor da Turquia, pedindo reparação por sua detenção ilegal e também a condenação do país a permitir o acesso da autora a sua propriedade no Chipre do Norte.<sup>17</sup> A Comissão indeferiu todos os pedidos, dando ganho de causa à Turquia.<sup>18</sup>

A República do Chipre, inconformada com a decisão da Comissão Europeia, submeteu o caso a apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos, a fim de reverter essa decisão. Na fase preliminar da contenda, os advogados turcos alegaram que o caso era inadmissível, vez que os atos relevantes ao caso não ocorreram sob a jurisdição da Turquia, mas sob a jurisdição da RTCN.<sup>19</sup>

Em seu julgamento quanto aos argumentos preliminares, datado de 23 de março de 1995, a Corte concluiu que “[...] embora o artigo 1 [...] estabeleça limites ao alcance da Convenção, o conceito de ‘jurisdição’ neste dispositivo não se restringe ao território nacional das Altas Partes Contratantes.”<sup>20</sup> (tradução livre) Em outras palavras, atos executados extraterritorialmente (fora do território estatal) também podem estar sujeitos à jurisdição do Estado autor desses atos.<sup>21</sup> A questão problemática é saber em quais circunstâncias essa aplicação extraterritorial dos tratados sobre direitos humanos terá lugar.

A Corte Europeia determinou que as obrigações de direitos humanos dos Estados contratantes os acompanham em áreas sob seu controle efetivo, que pode ser exercido de forma direta, por meio de suas forças armadas, ou indireta, através de uma administração local subordinada.<sup>22</sup> No caso em tela, a Corte destacou que a Loizidou teve o controle de sua propriedade impedido em decorrência da ocupação da parte norte do Chipre por tropas turcas e o próprio estabelecimento da RTCN nessa região pelas autoridades ocupantes. Além disso, não foi contestado pelas partes que a Loizidou foi impedida de acessar a sua propriedade por soldados de nacionalidade turca de forma direta e imediata.<sup>23</sup> Com isso, tais atos estavam sob a jurisdição turca.<sup>24</sup>

Já no julgamento referente ao mérito, de 18 de dezembro de 1996, a Corte Europeia especificou que, para fins de jurisdição extraterritorial, não é necessário haver um

---

16 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Loizidou v. Turkey, Preliminary Objection**, Application no. [15318/89](#), judgment of 23 March 1995, paras.10-11.

17 *Ibid.*, para.34.

18 *Ibid.*, para.35.

19 *Ibid.*, para.42.

20 *Ibid.*, para.62.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, para.63.

24 *Idem*, para.64.

controle pelo Estado estrangeiro de cada um dos atos realizados pelas autoridades na região ocupada.<sup>25</sup> Na verdade, é necessário provar somente um “controle global efetivo” (*effective overall control*), que pode ser exercido pela presença de tropas na área em questão.<sup>26</sup> Segundo as palavras na própria Corte:

Não é necessário determinar se [...] a Turquia efetivamente exerce um controle detalhado sobre as políticas e as ações das autoridades da “RTCN”. Considerando o grande número de soldados envolvidos em funções ativas no norte do Chipre, [...] é óbvio que seu exército exerce um controle global efetivo sobre essa parte da ilha. Tal controle, de acordo com o teste relevante e nas circunstâncias do caso, implica a responsabilidade turca pelas políticas e ações da “RTNC” [...]. Assim, as pessoas afetadas por essas políticas ou ações estão sob a “jurisdição” da Turquia, para fins do artigo 1º da Convenção. A sua obrigação de garantir à requerente [Loizidou] os direitos e liberdades estabelecidos na Convenção, portanto, se estende à parte norte do Chipre.<sup>27</sup> (tradução livre)

Diante disso, a presença de tropas da Turquia no Chipre do Norte, bem como a influência desse Estado na administração pela RTCN, torna os atos ocorridos nessa região sob a sua jurisdição.

## 4.2. Caso Vlastimir Bankovic e outros v. Bélgica e outros (2001)

Na década de 1990, a Iugoslávia iniciou seu processo de fragmentação por meio de um violento conflito armado entre as partes territoriais secessionistas e a Sérvia, que tinha interesse em preservar a República Iugoslava unida. Este conflito foi marcado por graves e disseminadas violações de direitos humanos e normas humanitárias, com destaque ao Kosovo, que sofreu intensamente com o despotismo e a brutalidade dos sérvios.

A fim de evitar que a crise humanitária na região se prolongasse, várias tentativas diplomáticas de pôr fim ao conflito foram implementadas, mas nenhuma obteve sucesso. Diante disso, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) decidiu, de forma unilateral, que uma medida militar era necessária e realizou uma grande campanha de bombardeios aéreos contra a Sérvia e contra posições sérvias no Kosovo, entre 24 de março e 8 de junho de 1999. Em um desses ataques, os membros da OTAN destruíram a Estação de Rádio e Televisão Sérvia (*Radio Televizije Srbije*), localizada em Belgrado, resultando na morte de dezesseis pessoas e em ferimentos sérios a outras dezesseis.<sup>28</sup>

Em resposta, em 20 de outubro de 1999, as vítimas sobreviventes do ataque e os familiares dos falecidos iniciaram um processo judicial contra todos os Estados membros da OTAN que participaram nos bombardeios e que são partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, quais sejam Bélgica, República Tcheca, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Turquia e Reino Unido. Os reclamantes pretendiam receber indenização pelos danos sofridos.<sup>29</sup>

Contudo, os Estados contestaram a admissibilidade do caso, pois, segundo eles,

25 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Loizidou v. Turkey*, Application no. 15318/89, judgment of 18 December 1996, para.56.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*,

28 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Vlastimir Banković and others v. Belgium and others*, Application no. 52207/99, judgment of 12 December 2001, paras.9-11.

29 *Idem.*, para.28.



as vítimas não estavam, no momento da destruição da Estação de Rádio e Televisão, sob a sua jurisdição.<sup>30</sup> Eles alegaram que

[o] exercício de “jurisdição” envolve [...] a afirmação ou exercício de autoridade legal, real ou suposta, sobre pessoas sujeitas a alguma forma de submissão a esse Estado ou que tenham sido postas sob o controle desse Estado. Sugerem também que o termo “jurisdição” geralmente implica alguma forma de relação estruturada existente, normalmente, ao longo de um certo período de tempo.<sup>31</sup> (tradução livre)

Assim, o fato de os Estados terem somente sobrevoado e bombardeado partes da Ex-Iugoslávia, sem a presença de soldados no solo, não implica qualquer forma de jurisdição, vez que esses atos não representam o exercício de autoridade sobre as pessoas afetadas pelos ataques, na forma e grau exigido pelo precedente do *Caso Loizidou v. Turquia*.

Em sentido contrário, o advogado dos autores alegou que o teste do controle efetivo desenvolvido no *Caso Loizidou v. Turquia* deveria ser flexibilizado e adaptado às circunstâncias do caso concreto.<sup>32</sup> Assim,

[...] a extensão da obrigação positivada nos termos do artigo 1º da Convenção [Europeia de Direitos Humanos] de garantir os direitos desta Convenção seria proporcional ao nível de controle factual exercido.<sup>33</sup> (tradução livre)

Como argumento alternativo, alegou-se que

[...] considerando a escala da operação aérea e o fato de haver pouquíssimas mortes de soldados nos aviões, o controle da OTAN sobre o espaço aéreo foi quase tão completo quanto o controle da Turquia sobre o território do Chipre do Norte. Embora tenha sido um controle com um escopo limitado (somente o espaço aéreo), a obrigação positivada no Artigo 1º poderia ser igualmente limitada. Eles consideraram que os conceitos de “controle efetivo” e “jurisdição” devem ser suficientemente flexíveis para adaptar-se a existência e a utilização de armas modernas de precisão, que permitem ações extraterritoriais com grande precisão e impacto, sem a necessidade de tropas terrestres. Devido a tais avanços modernos, a diferença entre ataques aéreos e tropas terrestres tornou-se irrealista.<sup>34</sup> (tradução livre)

A Corte rejeitou os argumentos das vítimas. Segundo ela, a jurisdição estatal é basicamente territorial, de forma que um

[...] um Estado não pode efetivamente exercer jurisdição no território de outro sem o consentimento, convite ou aquiescência deste último, salvo quando o primeiro seja um Estado ocupante, caso em que pode exercer jurisdição no território ocupado, pelo menos quanto a certos aspectos.<sup>35</sup> (tradução livre)

---

30 Idem, para.36.

31 Ibidem.

32 Idem, para.46.

33 Ibidem.

34 Idem, para.52.

35 Idem, para.60.

Nesse sentido, os juízes em Estrasburgo concluíram que o mero sobrevoo e ataque de um território por outros Estados não é suficiente para configurar jurisdição. É necessário um controle maior, inclusive com a presença de tropas militares no solo ou a submissão do governo local as autoridades estrangeiras.<sup>36</sup> Em resumo, pode-se afirmar que a aplicação extraterritorial tem lugar somente

[...] quando o Estado demandado, por meio do controle efetivo do território relevante e de seus habitantes no exterior, como consequência de uma ocupação militar ou através do consentimento, convite ou aquisição do Governo do referido território, exerce a totalidade ou parte dos poderes públicos normalmente exercidos por aquele Governo.<sup>37</sup> (tradução livre)

Diante de todo o exposto, a Corte não se convenceu de que havia qualquer elemento de jurisdição entre as pessoas que foram vítimas do bombardeio em análise e os Estados reclamados, sendo descabida a aplicação extraterritorial da Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>38</sup> Por conseguinte, ordenou o arquivamento do processo, sem análise do mérito.<sup>39</sup>

### 4.3. Caso Halima Musa Issa e outros v. Turquia (2004)

O norte do Iraque é habitado, em sua maioria, pela população curda. Nos Anos 1990, esse grupo entrou numa guerra civil entre as suas facções, o que ameaçou desestabilizar o leste da Turquia, que também é habitado por curdos. Diante disso, entre 19 de março e 16 de abril de 1995, tropas turcas foram enviadas para essa região do Iraque, com o objetivo de acabar com o conflito antes que se espalhasse pelo território turco.

É nesse contexto que os fatos relevantes ao caso se desenvolvem. O processo foi iniciado por seis mulheres, entre elas Halima Musa Issa, que viviam numa vila iraquiana próxima da fronteira turca, devido ao assassinato de seus esposos por soldados turcos durante a invasão ao Iraque.<sup>40</sup> A Turquia, por outro lado, nega que esses homens foram mortos por seus soldados, vez que nenhuma operação militar ocorreu na específica área descrita pelas autoras do caso.<sup>41</sup>

Preliminarmente, os agentes turcos alegaram a falta de jurisdição sobre qualquer ato ocorrido no Iraque. Além do fato de que nenhum soldado esteve presente na área exata onde os alegados fatos ocorreram, a presença das forças armadas da Turquia na região do norte do Iraque, de forma mais geral, não é suficiente para configurar jurisdição, nos termos do artigo 1º da Convenção Europeia.<sup>42</sup> Segundo o governo turco, “[...] a mera presença de forças armadas turcas por um tempo restrito e com um propósito limitado no norte do Iraque não era sinônimo de ‘jurisdição’. A Turquia não exerceu controle efetivo em qualquer parte do Iraque [...]”<sup>43</sup>(tradução livre)

Em sentido contrário, as autoras defenderam que as operações militares terres-

---

36 Idem, paras.74-81.

37 Idem, para.71.

38 Idem, para.82.

39 Idem, para.85.

40 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Issa and others v. Turkey**, Application no. 31821/96, judgment of 16 November 2004, paras.12-24.

41 Idem, para.25.

42 Idem, para.58.

43 Ibidem.

tres da Turquia no Iraque foram suficientes para constituir “um controle efetivo global”, nos termos do caso *Loizidou v. Turquia*. Para tanto, foi apresentado como evidência uma série de documentos oficiais turcos, nos quais se admite que o norte do Iraque, nesse período, estava sob a autoridade do Estado turco e, portanto, dentro de sua jurisdição.<sup>44</sup> Também se chamou atenção ao imenso poderio militar empregado pela Turquia na invasão, na qual usou-se 35.000 soldados, tanques, helicópteros e caças F-16. Os advogados concluíram que devido ao considerável grau de controle na região, o Governo turco tinha autoridade de fato sobre o norte do Iraque e seus habitantes.<sup>45</sup>

Em sua análise, a Corte reafirmou que a jurisdição é essencialmente territorial, mas pode ser exercida, excepcionalmente, além das fronteiras.<sup>46</sup> Seria o caso de uma ação militar, seja legal ou ilegal, na qual um Estado exerce controle efetivo de uma área localizada fora de seu território nacional.<sup>47</sup> Nessas circunstâncias,

[a] obrigação de garantir, nessa área, os direitos e liberdades estabelecidos na Convenção deriva da realidade fática desse controle, quer seja quando exercido diretamente, por meio de suas forças armadas, ou por meio de uma administração local subordinada.<sup>48</sup> (tradução livre)

Novamente, reafirmou-se que um controle detalhado de todas as ações e decisões tomadas na área ocupada não é necessário, sendo suficiente um “controle global” (*overall control*).<sup>49</sup>

A grande contribuição desse caso, no entanto, se refere a uma nova forma de controle estatal para fins de jurisdição: o controle sobre a pessoa. Os casos até o momento se referiam ao controle territorial do Estado invasor sobre o Estado invadido ou parte dele. Contudo, pode haver casos onde uma invasão seguida de ocupação não ocorre, isto é, agentes individuais assumem a custódia ou cometem ato contra os direitos humanos de certo indivíduo em particular no exterior, em áreas onde o Estado local ainda exerce controle territorial. Da mesma forma, o Estado que envia esses agentes terá jurisdição sobre os atos por eles cometidos.<sup>50</sup> Veja o seguinte excerto do julgamento:

[...] um Estado será responsabilizado internacionalmente por violações dos direitos e liberdades fundamentais de pessoas que estão no território de outro Estado, mas que se encontram sob autoridade e controle do primeiro, através de seus agentes que operam, seja de forma lícita ou ilícita, neste último Estado.<sup>51</sup> (tradução livre)

Diante disso, as operações conduzidas por agentes oficiais ou agentes privados a mando do Estado, que estejam ocorrendo fora do seu território, seja num edifício específico ou algum meio de transporte, estão sob a jurisdição do Estado que comanda essas operações.

---

44 Idem, para.63  
45 Ibidem,  
46 Idem, paras.67-68.  
47 Idem, para.69.  
48 Ibidem.  
49 Idem., para.70.  
50 Idem, para.71.  
51 *Ibid.*

A Corte esclareceu que esse entendimento é pertinente, pois seria ilógico interpretar a Convenção Europeia de Direitos Humanos de modo a permitir que um Estado cometa no território de outro Estado, atos ilegais que ele não poderia perpetrar em seu próprio território.<sup>52</sup>

#### 4.4. Aplicação dos conceitos de jurisdição e extraterritorialidade de tratados sobre direitos humanos como fundamento do direito global à privacidade

A análise dos casos acima revela que jurisdição significa controle sobre um certo território, pessoa ou grupo de pessoas. Não se faz necessário um controle sobre todas as ações de forma detalhada, mas somente sobre algumas delas de forma a comprovar que o Estado exerce controle sobre as pessoas e/ou região relevante(s). Diante disso, a jurisdição exige um controle de fato, que deve ser visto como o poder físico real de um Estado sobre um certo território e seu povo.<sup>53</sup> Não diz respeito a qualquer submissão legal ou administrativa dos habitantes da área controlada às leis domésticas do Estado que exerce esse controle.<sup>54</sup>

Esse entendimento encontra fulcro nos casos *Loizidou* e *Issa*, mas não parece estar presente no *Caso Banković*, sendo este, precisamente, um dos motivos que torna o julgamento desse caso tão problemático e criticado. Ao exigir o exercício da “[...] totalidade ou parte dos poderes públicos normalmente exercidos por [um] Governo,”<sup>55</sup> (tradução livre) a Corte Europeia exigiu elementos de autoridade governamental que não dizem respeito à jurisdição como condição para a aplicação de tratados sobre direitos humanos, mas jurisdição para fins de aplicação das leis nacionais do Estado controlador sobre o território e as pessoas controladas.<sup>56</sup> A Corte, nesse caso, condicionou a jurisdição de tratados sobre direitos humanos ao exercício de atributos soberanos na área controlada, o que é um equívoco vez que, para fins de extraterritorialidade de tratados dessa natureza, “jurisdição” não se liga à noção de direitos territoriais soberanos, mas à noção de controle, poder ou autoridade, como fica claro nos julgamentos dos casos *Loizidou* e *Issa*.

Pode-se concluir, então, que uma pessoa será considerada como sujeita à jurisdição de um certo Estado quando ele exerce controle ou autoridade sobre aquela pessoa, tendo condições e meios para violar os direitos humanos dessa. Não é necessário que os agentes do Estado estejam fisicamente presentes no local onde as vítimas estão, vez que haverá aplicação extraterritorial das obrigações daquele Estado toda vez que seus agentes exerçam controle sobre os direitos fundamentais daquelas pessoas, seja de forma presencial, seja à distância, via meios digitais. Assim, sempre que o exercício de um direito humano de um indivíduo esteja sob o controle do Estado, esse indivíduo estará sob a jurisdição desse Estado<sup>57</sup>.

---

52 Ibidem.

53 MILANOVIĆ, Marko. From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review*, Oxford, Vol.8, p.1-40, 2008, p.13.

54 Ibidem.

55 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Vlastimir Banković and others v. Belgium and others*, Application no. 52207/99, judgment of 12 December 2001, para.71.

56 MILANOVIĆ, Marko. From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review*, Oxford, Vol.8, p.1-40, 2008, p.26-27.

57 BIAZATTI, Bruno de Oliveira. Ataques Cibernéticos e a Aplicação Extraterritorial de Tratados Sobre Direitos Humanos, p.220-224. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot e ANJOS, Lucas Costa dos. **Marco civil e governança da internet: diálogos entre o doméstico e o global**, 1 ed., Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2016, p.206-225.

Diante do exposto, a realização de *surveillance* contra estrangeiros residentes nos territórios de outros países os posiciona sob a jurisdição do Estado autor desses atos de vigilância. Isso porque, a privacidade dos indivíduos vítimas da prática de *surveillance* extraterritorial se encontra sob o poder e o controle do Estado que executa essa prática; o exercício do direito humano à vida privada dessas pessoas, ainda que temporariamente, está sob o poder fático desse Estado. Diante disso, essas vítimas, ainda que não tenham a nacionalidade e não estejam no território do Estado que realiza a vigilância, estão inquestionavelmente sob a jurisdição desse último e, portanto, têm o direito de exigir que sua privacidade seja respeitada<sup>58</sup>.

Marko Milanovic, em seu artigo "*Foreign Surveillance and Human Rights: Do Human Rights Treaties Apply to Extraterritorial Interferences with Privacy?*" apresenta um ilustrativo cenário hipotético para explicar essa conclusão. Imagine que um agente da CIA sequestre Angela Merkel e a force a revelar diversas informações sigilosas. Agora imagine que um agente da CIA hackeie o celular de Merkel e extraia informações sem ser detectado. Os dois cenários são completamente diferentes, já que no primeiro há um elemento de coação corporal do agente do Estado, enquanto que no segundo cenário esse elemento inexistente, sendo apenas uma forma digital de *surveillance*. Apesar disso, os dois métodos produzem exatamente o mesmo resultado: a obtenção das informações desejadas. Diante disso, se os métodos virtuais de vigilância são capazes de alcançar os mesmos objetivos que os métodos físicos, não há nenhuma razão para tratá-los de forma distinta ou insistir na necessidade de intervenções corporais diretas por agentes do Estado. Com isso, resta inequívoco que os atos de vigilância em massa no exterior, ainda que puramente digitais, se encontram dentro da jurisdição do Estado executor desses atos.

Sabendo que as pessoas que são vítimas de programas estrangeiros de *surveillance* se encontram sob a jurisdição do Estado que executa esses programas, resta inequívoco que essa conjuntura garante um direito global à privacidade. Não podemos negligenciar o fato de que a capacidade dos Estados de interferir e violar a vida privada se tornou mundial. Diante dessa realidade, o direito humano à privacidade também deve acompanhar os Estados a nível mundial, tendo, portanto, uma eficácia extraterritorial.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, não se pode negar o fato de que métodos virtuais de *surveillance* são capazes de alcançar os mesmos objetivos que os métodos físicos de obtenção de dados. Diante disso, os atos de vigilância em massa no exterior, ainda que puramente digitais, são capazes de exercer controle e domínio sobre a privacidade dos indivíduos, inclusive com a prerrogativa de violá-la.

Assim, as vítimas de programas estrangeiros de *surveillance* se encontram sob a jurisdição do Estado que executa esses programas, dando ensejo a existência de um direito global à privacidade. Não podemos negligenciar o fato de que a capacidade dos Estados de interferir e violar a vida privada se tornou mundial. Diante dessa real-

---

58 MILANOVIĆ, Marko. *Foreign Surveillance and Human Rights, Part 4: Do Human Rights Treaties Apply to Extraterritorial Interferences with Privacy?*, 2013, Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/foreign-surveillance-and-human-rights-part-4-do-human-rights-treaties-apply-to-extraterritorial-interferences-with-privacy/>>. Acesso em: 14/10/16; MILANOVIĆ, Marko. *Foreign Surveillance and Human Rights, Part 5: The Substance of an Extraterritorial Right to Privacy*, 2013. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/foreign-surveillance-and-human-rights-part-5-the-substance-of-an-extraterritorial-right-to-privacy/>>. Acesso em: 14/10/16.

idade, o direito humano à privacidade também deve acompanhar os Estados a nível mundial, tendo, portanto, uma eficácia extraterritorial.

## 6. REFERÊNCIAS

BIAZATTI, Bruno de Oliveira. Ataques Cibernéticos e a Aplicação Extraterritorial de Tratados Sobre Direitos Humanos, p.206-225. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot e ANJOS, Lucas Costa dos. **Marco civil e governança da internet: diálogos entre o doméstico e o global**, 1 ed., Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol.III, Porto Alegre: Fabris, 2003.

COLE, David. **Reining in the NSA**, 2013. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/daily/2015/06/02/nsa-surveillance-congress-sunset/>>. Acesso em: 14/10/16.

\_\_\_\_\_. **We Are All Foreigners: NSA Spying and the Rights of Others**, 2013. Disponível em: <<https://www.justsecurity.org/2668/foreigners-nsa-spying-rights/>>. Acesso em: 14/10/16.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. **Report of the Special Rapporteur Frank La Rue on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, UNDoc.A/HRC/23/40, 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Issa and others v. Turkey**, Application no. 31821/96, judgment of 16 November 2004.

\_\_\_\_\_. **Loizidou v. Turkey**, Application no. 15318/89, judgment of 18 December 1996.

\_\_\_\_\_. **Loizidou v. Turkey, Preliminary Objection**, Application no. 15318/89, judgment of 23 March 1995.

\_\_\_\_\_. **Vlastimir Banković and others v. Belgium and others**, Application no. 52207/99, judgment of 12 December 2001.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion**, ICJ Reports 2010, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

\_\_\_\_\_. **Statute of the International Court of Justice**, 33 UNTS 331, 26 June 1945.

ESTADOS UNIDOS. **United States v. Verdugo-Urquidez**, 494 U.S. 259 (1990).

KERR, Orin. **A Reply to David Cole on Rights of Foreigners Abroad**, 2013. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/reply-david-cole-rights-foreigners-abroad>>. Acesso em: 14/10/16.

\_\_\_\_\_. **Should U.S. Law Protect the Privacy of Foreigners Abroad?**, 2013. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/should-us-law-protect-privacy-foreigners-abroad>>. Acesso em: 14/10/16.

MILANOVIĆ, Marko. **Foreign Surveillance and Human Rights, Part 4: Do Human Rights Treaties Apply to Extraterritorial Interferences with Privacy?**, 2013, Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/foreign-surveillance-and-human-rights-part-4-do-human-rights-treaties-apply-to-extraterritorial-interferences-with-privacy/>>. Acesso



em: 14/10/16.

\_\_\_\_\_. **Foreign Surveillance and Human Rights, Part 5: The Substance of an Extraterritorial Right to Privacy**, 2013. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/foreign-surveillance-and-human-rights-part-5-the-substance-of-an-extraterritorial-right-to-privacy/>>. Acesso em: 14/10/16.

\_\_\_\_\_. From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, **Human Rights Law Review**, Oxford, Vol.8, p.1-40, 2008.

\_\_\_\_\_. Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age. **Harvard International Law Journal**, Boston, Vol.56, No.1, 81-146, 2015.

ONU. **Vienna Declaration and Programme of Action**, World Conference on Human Rights, A/CONF.157/23, Vienna, 12 July 1993.

ROTH, Kenneth. **NSA: our analogue spying laws must catch up with the digital era**, 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/10/nsa-analogue-spying-laws-surveillance-digital-era>>. Acesso em: 14/10/16.

WITTES, Benjamin. **The global human right to privacy**, 2013. Disponível em: <<https://www.lawfareblog.com/global-human-right-privacy>>. Acesso em: 16/10/16.



# OS PROBLEMAS JURISDICIONAIS DA INTERNET E A ARBITRAGEM COMO MEIO EFICIENTE DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Tobias de Araújo Bezerra<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Na esteira do crescimento das transações comerciais na Internet, torna-se imprescindível começar a pensar o papel do direito na regulação dessas relações virtuais. Uma de suas mais importantes missões, dessa forma, é a necessidade de torná-lo meio hábil para garantir a segurança jurídica.

É fundamental para o desenvolvimento da internet, sobretudo das relações econômicas existentes em meio virtual, que os cidadãos possam saber com exatidão os direitos e deveres que assumem como parte de determinada relação jurídica. Pode-se tomar, por exemplo, a necessidade de proteção expectativas normativas dos consumidores, frente a determinado negócio jurídico, sendo compatíveis à internet as mesmas garantias dadas à sua confiança, tal qual o faz nas relações tradicionais.

Conseqüentemente, com o avanço das relações comerciais virtuais envolvendo obrigações jurídicas das mais diversas, faz-se necessário concentrar esforços para resolver os eventuais conflitos oriundos desse espaço, sob pena de falhar na promoção de segurança jurídica e desenvolvimento do comércio eletrônico.

Desse modo, em virtude da insegurança jurídica no momento de aferição da jurisdição competente para julgar lides na Internet, o trabalho propõe apresentar a arbitragem como resposta eficiente de resolução de demandas oriundas do comércio eletrônico. Esta poderá servir de resposta tanto para lides entre empresários quanto entre fornecedores e consumidores, com as devidas ressalvas dessa última modalidade, ocasionadas pela proteção contratual conferida ao consumidor pela legislação que rege os contratos de consumo.

## 2. OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NA INTERNET

Os problemas jurisdicionais da internet são diversos, decorrentes em grande parte pela dificuldade de se estabelecer limites geográficos com coerência às noções tradicionais de jurisdição e competência. Ainda que não se possa falar que os princípios clássicos são totalmente descartáveis para aferir a jurisdição adequada em litígios oriundos de relações cibernéticas, existe uma grande dificuldade em aplicá-los por serem baseados na territorialidade, no exercício da jurisdição de um Estado sobre determinado espaço geográfico<sup>2</sup>.

Ocorre que a Internet possui, em essência, um caráter transnacional, surgindo

---

1 Graduando em Direito pela UFRN. Membro do Grupo de Estudos de Direito da Internet (UFRN). Email: tobias\_bezerra@hotmail.com.

2 BRANDÃO, L. C. C.; SILVA, A. F. M. ; BALDIN, L. F. . A Internet e os limites da competência internacional: jurisprudenciais e a superação dos princípios tradicionais. In: POLIDO, Fabrício B. P.; ANJOS, Lucas (Orgs.). **O Marco Civil da Internet entre o doméstico e o global**. Belo Horizonte, 2016. p. 170.

a necessidade de reavaliar o próprio conceito de soberania, pois ao navegar em meio eletrônico o indivíduo poderá manter uma série de relações com empresas e pessoas físicas residentes de todos os lugares do planeta, incapazes de serem controladas pelo Estado onde reside<sup>3</sup>, porém, eventualmente necessitando da tutela jurisdicional em razão de algum desses vínculos.

Surgem, assim, dúvidas não só quanto ao juízo competente a resolver determinado litígio, mas também em relação às regras a serem aplicadas e aos efeitos dessas decisões na jurisdição de cada Estado<sup>4</sup>.

Sobre esse último, no livro “Governança na Internet”, Jovan Kurbalija e Eduardo Gelbstein trazem como exemplo do que chamam de “efeito de transbordamento” (a capacidade de um só caso repercutir em diversas jurisdições mundo a fora) o caso CompuServe<sup>5</sup>, ocorrido na Alemanha em 1996. A empresa CompuServe, para cumprir a decisão de um tribunal alemão que a proibiu de permitir acesso a materiais pornográficos, teve que retirar esse material de seu servidor de rede central, localizado nos Estados Unidos. Assim, proibiu-se, como efeito reflexo, o acesso para outros cidadãos além dos alemães, em países em que o acesso a materiais pornográficos não era proibido por lei, como os Estados Unidos, sede de seu servidor central.

Da mesma forma, com manifestações distintas, conflitos derivados da falta de coesão dos ordenamentos jurídicos nacionais podem surgir no comércio eletrônico. Soluções a problemas dessa ordem sugerem diferentes vias, passando pela modernização do direito internacional privado, harmonização das leis nacionais até o maior uso da arbitragem, sendo esta última o objeto deste artigo.

### 3. A RELAÇÃO ENTRE ARBITRAGEM E EFICIÊNCIA NO MEIO DIGITAL

A arbitragem surge como via efetiva para resolução de disputas dentro um quadro maior de crise no judiciário e de incapacidade de atender à crescente demanda da sociedade, conduzindo para a necessidade de buscar-se métodos alternativos de solução dos conflitos. O direito, ao buscar métodos alternativos que fujam dos tradicionais e superem seus problemas em custo, lentidão e inacessibilidade, estará cumprindo exatamente sua responsabilidade de atender às aspirações da sociedade em meio a um ritmo tão grande de transformações sociais e surgimento de novas demandas<sup>6</sup>. Entre elas, as mais recentes provenientes do avanço do comércio eletrônico e da falta de consenso acerca da jurisdição na internet.

A arbitragem constitui uma das técnicas de heterocomposição e solução alternativas dos conflitos, buscando através de uma terceira pessoa (árbitro), uma solução imparcial do litígio, uma vez que não é produzida por uma das partes envolvidas<sup>7</sup>. Na visão do processualista Luiz Guilherme Marioni, ainda que se trate de via privada de solução de conflitos, o instituto não pressupõe exclusão de direitos ou retirada de poder do Estado, vinculando-se, em verdade, à manifestação de uma faculdade advinda do princípio

3 ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. A jurisdição no ciberespaço. Revista CEJ (Brasília), v. 00, n.20, 2003. p. 77.

4 KURBALIJA, J.; GELBSTEIN, E. **Governança da Internet: questões, atores e cisões**. Rio de Janeiro: Nupef, 2005. p. 80.

5 Idem., p. 81.

6 CAPPELLETI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, in **Revista de Processo**, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994. p. 97.

7 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. I. p. 169.

da autonomia da vontade<sup>8</sup>.

A própria Constituição Federal do Brasil prevê a arbitragem no âmbito trabalhista, art. 114, parágrafos 1º e 2º<sup>9</sup>, mas o instituto jurídico que a regulamentou e a tornou mais presente no cotidiano jurídico brasileiro foi a Lei nº. 9.307/1996, comumente chamada de Lei de Arbitragem, complementada pela Lei nº. 13.129/2015.

Prevê o artigo 1º a possibilidade de pessoa capaz “valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, transformando-a em via habitual na prática comercial para dirimir de conflitos, embora ainda não repercuta com a mesma força no âmbito do comércio eletrônico. O art. 3º dessa lei contempla duas modalidades, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, definidos por Fredie Didier Jr.<sup>10</sup> da seguinte forma:

Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem.

Compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável.

A diferença entre as modalidades, portanto, encontra-se no momento da escolha pelo juízo arbitral. Enquanto o compromisso arbitral estabelece a arbitragem depois de já instaurado o litígio, a cláusula compromissória é pacto entre as partes que decidem, previamente, recorrer ao juízo arbitral para resolver eventual litígio, garantindo previsibilidade em relação à solução dos conflitos provenientes de certo negócio jurídico. Tendo em vista os problemas na definição de competência, como já exposto, em virtude do rompimento de barreiras geográficas, definir previamente o órgão encarregado para resolver possíveis disputas apresenta-se como uma enorme vantagem para os atores do comércio eletrônico.

A arbitragem também demonstra ser mais eficiente, sob o ponto de vista econômico de minimização de custos e maximização de ganhos, do que recorrer à jurisdição estatal, como apontado pelos pesquisadores Bruno Salama e Celso Pugliese, utilizando da abordagem teórica da escola de direito e economia (*Law and Economics*), no estudo “A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor”<sup>11</sup>.

Os indivíduos, ao adentrarem em alguma relação jurídica – sobretudo comerciais – devem levar em consideração fatores como o custo de garantir o adimplemento de

---

8 MARINONI, Luiz Guilherme. Jurisdição Voluntária, Distribuição da Atividade Jurisdicional (Competência) e Arbitragem. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 151.

9 Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...)  
§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.  
§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

10 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. I. p. 170.

11 PUGLIESE, A. C. F.; SALAMA, B. M. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, 7, p. 015-028, Jan. - Jun. 2008.

determinada prestação, bem como a eficácia da aplicação dos mecanismos legais para sanar prejuízos em caso de inadimplemento. Conforme exemplificado pelo economista Ronald Coase – um dos estudiosos precursores na interseção entre direito e economia – ao analisar a existência de custos nas transações de mercado, tem-se que<sup>12</sup>:

A fim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação e em que termos, conduzir negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar a inspeção necessária para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumprido, e assim por diante. Com frequência, estas operações são extremamente dispendiosas, ou, de qualquer modo, custosas o suficiente para inviabilizar muitas operações que seriam realizadas em um mundo no qual o sistema de determinação de preços funcionasse sem custos.

À vista disso, esse ônus que ultrapassa os custos de produção é denominado custo de transação, fazendo referência a todos os custos incorridos pelos indivíduos, no sistema de mercado, ao suportarem os riscos advindos da manutenção de relações econômicas com os demais integrantes da cadeia produtiva<sup>13</sup>.

Partindo desse princípio, também as regras jurídicas sobre resolução de conflito criam incentivos para comportamentos econômicos e processuais, de maneira diferente para autor e réu. Veja-se o exemplo hipotético dado por Robert Cooter e Thomas Ulen, no livro “Direito & Economia”<sup>14</sup>:

Uma indústria de Los Angeles precisa pagar grandes indenizações por ter derramado lixo tóxico em 1965. A indústria apresenta um pedido à seguradora londrina que vendeu a apólice em 1965. A seguradora diz que a apólice não cobre a perda. A indústria tem a opção de processar a seguradora em Los Angeles ou em Londres. Em Los Angeles, cada parte paga por seus próprios custos jurídicos, enquanto em Londres a parte perdedora paga pelos custos da vencedora. A indústria pergunta a seus advogados qual deveria ser a influência dos custos jurídicos na escolha do foro para o processo.

Aqui, há uma sensível diferença entre a regra inglesa, que onera à parte sucumbente, e a regra norte-americana, que distribui o ônus do custo processual de maneira equânime entre a parte vencedora e perdedora. Assim, “a avaliação de diferentes regras e práticas processuais exige a mensuração dos custos sociais”<sup>15</sup>, de tal forma que uma pacificação acerca do foro adequado poderá levar a mais segurança jurídica entre as partes, a partir daí aptas a calcular seus custos e até mesmo negociá-los, em caso de autocomposição, sem os riscos de submeterem-se a regras processuais inesperadas.

Seguindo esse pensamento, a arbitragem demonstra reduzir esse custo por algumas razões. Em primeiro lugar, devido à rapidez na conclusão do procedimento arbitral em comparação à jurisdição estatal, dispondo o art. 23 da Lei de Arbitragem que as partes estipulam o prazo para emissão da sentença arbitral, sendo o prazo máximo de seis meses (com possibilidade de prorrogação), caso não haja nenhuma estipulação. Assim, por cumprir menos exigências burocráticas e evitar diversas instâncias superiores,

12 COASE, R. H. O Problema do Custo Social. In: COASE, R. H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2016. p. 114.

13 PUGLIESE, A. C. F.; SALAMA, B. M. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, 7, Jan. - Jun. 2008. p. 19.

14 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 404.

15 Op. Cit. p. 405.

diminui-se um alto custo que poderia ser gerado para as partes, tanto na manutenção do processo, quanto na espera do cumprimento da sentença.

Relativamente à exequibilidade, a sentença arbitral constitui título executivo judicial (art. 515, VII, do Novo CPC), sendo aplicáveis à execução da sentença arbitral as regras relativas ao cumprimento de sentença. Ademais, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, promulgada no Brasil através do Decreto nº 4.311 de 2002, garante a execução das sentenças arbitrais pelos tribunais nacionais.

Nesse ínterim, no caso *Centraisul vs. Legumbres* (TJRS, Apelação Cível nº 2002.04.01.032655-5), em sede de apelação cível, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu que, uma vez homologado o laudo arbitral estrangeiro pelo Supremo Tribunal Federal (órgão que detinha à época competência atualmente conferida ao Superior Tribunal de Justiça), é inviável a rediscussão do mérito do laudo, operando-se coisa julgada formal e material. Veja-se:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS, LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA. Ao se submeterem a uma jurisdição estrangeira para resolver a querela resultante de contrato inadimplido, as partes se sujeitam ao que for decidido em tal instância. **A homologação de laudo arbitral estrangeiro deu-se se por decisão jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, operando-se a coisa julgada formal e material**, nos termos do art. 467 e 474 do CPC. **Inviável, portanto, a pretendia rediscussão do mérito do laudo arbitral**. Sucumbência mantida. Prequestionamento quanto a legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Apelação improvida.<sup>16</sup> (grifos nossos).

Resolve-se, dessa maneira, o problema da execução de decisões proferidas em processos envolvendo partes de países estrangeiros conectadas através da Internet, por se revelar mais simples do que os procedimentos de execução das sentenças proferidas por tribunais estrangeiros.

Além disso, outra grande vantagem atribuída por Salama e Pugliese à arbitragem é a possibilidade de eleger um árbitro especializado na matéria alvo de conflito. Enquanto o juiz estatal necessita, por natureza, de uma formação mais generalista, o juízo arbitral pode ser conferido a alguém com grande conhecimento em determinado assunto, por exemplo, por ter vasta experiência em determinado setor econômico, evitando decisões errôneas ou incompatíveis com a prática comercial.

Assim, concluem Salama e Pugliese<sup>17</sup>, “a redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado”. Isso é de extrema importância na área do direito digital, em especial, do comércio eletrônico. Por se encontrar em desenvolvimento tanto legislativo, quanto jurisprudencial e até doutrinário, esse ramo conta atualmente com poucos profissionais capazes de responder às incertezas que pairam sobre a matéria. Com o objetivo de evitar altos prejuízos, os contratantes podem enxergar na escolha de um árbitro especializado uma forma de obter segurança jurídica, depositando maior confiança neles para proferirem decisões corretas e alinhadas às especificidades da área.

16 TRF-4 - AC: 32655 RS 2002.04.01.032655-5, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 07/11/2006, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 06/12/2006.

17 PUGLIESE, A. C. F.; SALAMA, B. M. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. *Revista Direito GV*, São Paulo, 7, Jan. - Jun. 2008. p. 20.



Conforme aduz o art. 2º, § § 1º e 2º, da Lei de arbitragem, se verifica a liberdade também na escolha do corpo normativo que guiará o procedimento arbitral. Veja-se:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. (...)

Novamente, essa característica possibilitaria uma regulação eficiente da demanda frente aos desafios do dinâmico direito digital, principalmente quanto ao comércio eletrônico. Tendo em vista que se opera livre de fronteiras, seria um meio adequado de evitar, quando da instauração de conflito, dissensos ocasionados por ordenamentos pátrios divergentes em determinada questão, por definir previamente a legislação que norteará o processo.

Todos os fatores até aqui elencados – associados ao uso da arbitragem – contribuem para a diminuição dos custos de transação dos negócios virtuais e para o crescimento desse ramo, ao passo que se torna cada vez mais atrativo para todos os agentes econômicos.

A arbitragem já tem sido buscada como alternativa às jurisdições estatais em problemas da internet. Em disputas de Nomes de Domínios, é bastante consolidado o uso deste método alternativo de resolução de conflitos. No plano internacional, foi elaborada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) a Diretriz Uniforme para Resolução de Disputas de Nomes de Domínio (UDRP), utilizada como mecanismo de resolução de disputas em todos os contratos envolvendo registros de endereços de Internet. As sentenças são aplicadas sem participação de tribunais nacionais, mediante alterações diretas no Sistema de Nomes de Domínio. No Brasil, também há iniciativas do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) em formular sistemas de resolução de conflitos extrajudiciais quanto a registros de nome de domínio no “.br”.

Portanto, pode-se concluir que não há nenhum óbice à utilização da arbitragem também para demandas de comércio eletrônico, atinentes a direitos patrimoniais e disponíveis, salvaguardando-se suas peculiaridades de acordo com cada modalidade de relação comercial existente nesse meio, conforme será abordado adiante.

## 4. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL E NO MUNDO

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a fim de identificar as características dos problemas jurídicos decorrentes da tecnologia no âmbito de sua câmara de arbitragem e mediação (*WIPO Arbitration and Mediation Center*), publicou o relatório “*Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions*”<sup>18</sup>. A pesquisa mostra-se importante ferramenta para mapear o comportamento dos atores do setor tecnológico quanto a disputas judiciais.

---

18 Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions. **WIPO Arbitration and Mediation Center**. March, 2013. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/surveyresults.pdf>>. Acesso em: 11/12/2016.

Foram questionados empresários, escritórios de advocacia, setores governamentais, acadêmicos e instituições de pesquisa de mais de 60 países ao redor do mundo. Deles, 90% afirmaram terem realizado, em matéria de patentes e tecnologia, acordos com partes de fora de sua jurisdição de origem. A partir disso, planejar corretamente cláusulas que disciplinem o modo de resolução de eventuais controvérsias torna-se fundamental, sendo uma preocupação relatada por 94% dos questionados.

A arbitragem foi a segunda forma mais escolhida para resolver disputas, constando cláusulas compromissórias em 30% dos casos relatados. Apesar de ainda existir uma maior preferência pelas cortes judiciais, há uma percepção geral da tendência cada vez mais forte na escolha por soluções extrajudiciais, incluindo-se a mediação, considerando como fatores decisivos o custo, tempo e exequibilidade das diversas possibilidades<sup>19</sup>.

Acerca dos custos e duração do processo, a arbitragem apresenta imensa vantagem em relação às cortes. Enquanto o tempo estimado para conclusão dos processos nas cortes variaram entre três anos e três anos e meio, aproximadamente, pela via arbitral estima-se um período de pouco mais de um ano até uma solução final. Além disso, os litígios em cortes estrangeiras podem gerar custos legais de até mais que o dobro daqueles despendidos na arbitragem<sup>20</sup>.

No Brasil, a pesquisa “Arbitragem em Números e Valores”<sup>21</sup>, conduzida por Selma Ferreira Lemes, estuda os números que envolvem o instituto e sua aplicação no Brasil, analisando os dados no período de 2010 até 2015 de seis câmaras arbitrais brasileiras distribuídas por São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte.

O número de arbitragens nas 6 câmaras pesquisadas em 2010 era de 128 novos casos, passando por um aumento substancial em 2015, ano em que as câmaras receberam 222 novas arbitragens. No período de 6 anos (2010-2015) o número de arbitragens nas seis Câmaras pesquisadas atingiu o patamar de 1043 casos novos entrantes, em sua maioria demandas versando sobre lides societárias e contratos empresariais.

Desse modo, percebe-se, mediante os dados contidos em ambas as pesquisas, tanto em âmbito nacional, quanto internacional, a franca ascensão do instituto da arbitragem, ocupando cada vez mais espaço nas negociações empresariais. A adesão à via arbitral pelos atores envolvidos no setor tecnológico dependerá também da especialização do setor para as novas demandas tecnológicas, de modo que realmente o juízo arbitral seja mais especializado comparado aos julgadores presentes nos tribunais. A tendência é surgirem projetos nesse sentido, adequando-se à crescente demanda por solução, entre outros problemas, nas áreas de comércio eletrônico, propriedade intelectual e responsabilidade civil no meio digital.

## 5. A ARBITRAGEM NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE CONTRATOS ELETRÔNICOS

A inserção da cláusula compromissória de arbitragem, ou a posterior escolha pelo compromisso arbitral, não apresenta o mesmo regulamento para todas as relações

---

19 Op. Cit. p. 04.

20 Op. Cit. p. 06.

21 LEMES, Selma Ferreira. **Análise da Pesquisa Arbitragem em Números de 2010 a 2015**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%202010%20a%202015.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2016.

possíveis no comércio eletrônico. O desenvolvimento dessa atividade comporta diversos arranjos possíveis, abarcados pela disciplina do contrato eletrônico, que merece algumas considerações.

Os contratos eletrônicos podem ser disciplinados, de maneira geral, pelas mesmas normas relativas à formação, validade e eficácia dos contratos tradicionais, em que pese a primeira grande diferença entre eles, em decorrência do ambiente onde se concretizam. A doutrina costuma ressaltar esse elemento em sua conceituação dos contratos eletrônicos, sendo para Maria Helena Diniz aquele que “opera-se entre o titular do estabelecimento virtual e o internauta, mediante transmissão eletrônica de dados”<sup>22</sup>. Porém, tal conceito não abarca todas as nuances, uma vez que o contrato eletrônico também pode ser firmado entre dois particulares, pessoas físicas, sem necessariamente figurar um estabelecimento comercial em um dos polos<sup>23</sup>.

Pode-se citar como característica comum a todos os contratos eletrônicos a liberdade de uso, a escassa legislação, a flexibilização dos conceitos de tempo e de espaço e também a dispensabilidade de documentos físicos.

Um dos marcos legislativos para o tema é Lei Modelo da United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), formulada com o objetivo de uniformizar as normas jurídicas direcionadas para o comércio eletrônico. Por meio dela, é possível aduzir alguns princípios basilares que devem reger as contratações via internet. Entre os mais importantes, destaca-se o princípio da equivalência dos contratos celebrados de forma tradicional com os celebrados na internet, com a consequente aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos.

Desse modo, o artigo 5º da Lei Modelo da UNCITRAL, ao estabelecer que “Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica”, demonstra a intenção de manter a regulamentação jurídica ainda que existam elementos novos, inseridos por meio eletrônico. O comércio eletrônico, mesmo contando com tecnologia cada vez mais moderna, é operacionalizado por meio do contrato, instrumento jurídico bastante tradicional, não havendo, portanto, óbices para embasar o contrato eletrônico nos mesmos regramentos em relação à formação, validade e eficácia dos contratos<sup>24</sup>.

Outro importante princípio é o da neutralidade e perenidade das normas reguladoras do contrato eletrônico – e direito digital de modo geral –, com maior espaço para jurisprudência na construção deste arcabouço jurídico. Desse modo, as normas que busquem regular o direito contratual em meio eletrônico devem permitir o livre desenvolvimento de novas tecnologias, sem, contudo, serem por demais específicas, o que as levariam a serem esquecidas por não serem adaptadas às inovações futuras.

De mais a mais, expostas algumas considerações acerca do regramento geral de tais contratações, segundo Sophia Martini Vial,<sup>25</sup> podemos identificar as modalidades de contratos eletrônicos, quanto aos sujeitos, pelas siglas “B2B, B2C, P2P, B2A e C2A”,

---

22 DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, v.5. – 6. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2006. p. 742.

23 RAMOS, Victor de Moraes. **A validade dos contratos celebrados pela internet (contratos eletrônicos)**. Universidade Salvador – UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/539/384>>. Acesso em: 11/12/2016. p. 8.

24 Idem. p. 18.

25 VIAL, Sophia Martini. Contrato de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 80, 2011, p. 291.

definindo-as da seguinte maneira:

O 'A' representaria a palavra inglesa Administration, 'B' Business, 'C' Consumer, 'P' Peer. Dessa forma, a sigla 'B2A' representa uma relação entre fornecedor e administração pública; 'C2A', cidadão e administração pública; 'B2B', a relação entre dois fornecedores; 'B2C', a relação típica de consumo, ou seja, fornecedor e consumidor; 'P2P', a relação chamada peer-to-peer file sharing, em que as partes não necessitam ser identificadas apenas trocam dados.

No presente estudo, focaremos nas relações "B2B", entre fornecedores, e "B2C", entre fornecedor e consumidor, em razão de serem as mais comuns, com amplo crescimento no mercado. Segundo a pesquisa da FGV-EASP, "Comércio Eletrônico no Mercado Brasileiro", atualmente, no Brasil, as transações entre fornecedores ocorridas com participação do comércio eletrônico já representam 76,18% do mercado total. No cenário das relações de consumo, esse número representa 48,18%, tendo ambos segmentos evoluído significativamente na última década<sup>26</sup>.

## 5.1. A Arbitragem nas relações "BUSINESS-TO-BUSINESS" (B2B)

Nas ditas negociações "*business-to-business*", entre fornecedores, ocorridas por meio eletrônico, enxerga-se maior liberdade de negociação entre as partes, com forte papel da autonomia privada, que pode ser definida de maneira simples como o poder concedido aos sujeitos para criar a norma individual dentro da relação contratual nos limites do ordenamento jurídico<sup>27</sup>.

Assim, a liberdade para negociar cláusulas contratuais, incluindo a cláusula compromissória de arbitragem, é bem maior comparada às relações consumeristas. Há ainda a possibilidade de inserir cláusulas de eleição de foro, presente no art. 78, do Código Civil de 2002, ao afirmar que "nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes". O termo "contratos escritos" deve ser lido de acordo com o princípio da equivalência dos contratos celebrados de forma tradicional com os celebrados na internet, exposto acima, sendo prescindível documento físico para as transações ocorridas em meio eletrônico.

Para Fredie Didier Jr.<sup>28</sup>, é possível inclusive a eleição do foro em conjunto com a convenção de arbitragem, de modo que "nesse caso, o foro de eleição servirá para identificação do juízo competente para futura execução da sentença arbitral ou para a demanda para efetivação de medidas urgentes, hipóteses que fogem da competência do juízo arbitral."

A liberdade contratual, nesses casos, fornecerá maior espaço para negociação privada sem interferência do Poder Judiciário, o que poderia levar à uma falta de segurança jurídica, diante de um intervencionismo injustificado, uma vez que não figura entre os polos da relação jurídica sujeito hipossuficiente.

26 ALBERTIN, A. L. **Pesquisa FGV de comércio eletrônico no mercado brasileiro**. 18ª edição. São Paulo: EAESP/FGV, 2016. Programa de Excelência em Negócios na Era Digital do Centro de Informática Aplicada da Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EAESP) da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

27 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 119.

28 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo conhecimento**. 18 Ed. Salvador: Ed. Jus Podvm, 2016. v. 1. p. 226.

No tocante à cláusula de eleição de foro, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, baseando-se nas características das negociações empresariais elencadas acima, tem firmado entendimento que, nas hipóteses de contratos envolvendo expressivo valor econômico, o conhecimento técnico da cláusula de eleição do foro é presumido. Para ilustrar, veja-se abaixo acórdão da Segunda Seção do STJ:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA FORO DE ELEIÇÃO CLÁUSULA VÁLIDA EXPRESSIVO VALOR ECONÔMICO DO CONTRATO LITIGANTES DETENTORAS DE CONDIÇÕES PARA DEMANDAR EM COMARCA DIVERSA DE SUAS SEDES PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. 1. A cláusula do foro de eleição é eficaz e somente pode ser afastada quando for reconhecida a sua abusividade, resultar na inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Poder Judiciário. Precedentes da Segunda Seção. 2. **O elevado valor do negócio realizado entre as partes autoriza presumir o conhecimento técnico da cláusula de eleição do foro, a qual, ausente qualquer vício de validade, deve prevalecer e ser respeitada pelas contratantes.** 3. Existindo, na hipótese, identidade da causa de pedir entre as ações e decisões liminares com efeitos colidentes, faz-se necessária a reunião das demandas, sobretudo por conexão probatória, junto ao foro contratual. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1.ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ<sup>29</sup>”. (grifos nossos)

À vista disso, deve ser aplicado o mesmo entendimento de garantia de liberdade contratual para estabelecer cláusula de eleição de foro também para cláusulas compromissórias de arbitragem, nos casos das transações entre fornecedores, adequando-se às características dessa modalidade de comércio eletrônico. A possibilidade de convenicionar previamente o meio de resolução dos conflitos evita controvérsias acerca do foro competente, tão comum nas disputas em meio digital, em favor da segurança jurídica e redução dos custos de transação (conforme exposto anteriormente no ponto 3).

## 5.2. A Arbitragem nos contratos de consumo online

Para poder analisar os aspectos legais do uso da arbitragem nos contratos de consumo online, faz-se mister ponderar sobre algumas características que o definem como tal, a fim de resolver questões como a incidência ou não da Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, em determinada situação.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) trouxe em seu texto uma definição para o significado de consumidor, expresso no art. 2º desse diploma legal. De acordo com o art. 2º do CDC, consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Delimitando o termo “destinatário final”, explana Rizzato Nunes<sup>30</sup>:

Se alguém adquire produto não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor. Assim, por exemplo, se uma pessoa — física ou jurídica — adquire calças para revendê-las, a relação jurídica dessa transação não estará sob a égide da Lei n. 8.078/90.

Nesse caso, os integrantes dessa relação jurídica estariam realizando uma atividade mercantil que, caso ocorrida por meio eletrônico, estaria incluída no grupo das transações “B2B”. Em existindo num dos pólos da relação contratual destinatário final que adquira produto ou serviço para uso próprio, sem finalidade de produção de outros

29 CC 142.750/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016, DJe 25/05/2016.

30 NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122.



produtos ou serviços, estaremos diante de uma relação de consumo, apta a ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Na visão de José Wilson Boiago Júnior<sup>31</sup>, a grande maioria dos contratos eletrônicos são contratos de consumo, incidindo o Código de Defesa do Consumidor, em virtude da maioria dessas relações envolverem:

(...) fornecedores de bens ou serviços, uma vez que tanto o provedor de acesso quanto o provedor de conteúdo disponibilizam serviços e produtos que podem ser adquiridos e/ou utilizados pelo usuário da Internet; consumidores, ou seja, usuários da internet que adquirem bens ou utilizam serviços, disponibilizados no espaço cibernético como destinatários finais.

Com a finalidade de adaptar as disposições do Código de Defesa do Consumidor ao ambiente virtual, foi promulgado o Decreto n.º 7.962, de 15 de março de 2013, voltando os princípios da transparência e comunicação eficaz para o âmbito digital. Desse modo, vê-se que devem ser asseguradas ao consumidor, em meio digital, as mesmas garantias que se já possui nas transações presenciais. Conforme conclui Leandro Velloso<sup>32</sup>:

Quem usar site para divulgar produtos ou serviços deve acatar o Código de Defesa do Consumidor, prestar informações corretas, claras e objetivas, apontando possíveis riscos à saúde ou à segurança, indicando preço, qualidade, quantidade etc., para que o consumidor intemauta possa avaliar sua aquisição e, ainda, garantir que manterá os dados do cliente em sigilo e que haverá segurança nas operações virtuais efetuadas (CDC, arts. 18, 20, 30, 31, 33 e 47). O estabelecimento comercial tem os mesmos deveres do fornecedor perante o consumidor.

Além disso, como forma de assegurar ainda mais a necessidade de resguardar as relações consumeristas virtuais, o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14), diploma civil que regulamenta o tema no ordenamento jurídico brasileiro, prevê expressamente em seu art. 2º, V<sup>33</sup>, a defesa do consumidor como fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil.

Conclui Sheila Leal<sup>34</sup> que, considerando o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, incide o CDC no comércio eletrônico entre fornecedores e consumidores, inclusive em se tratando de contratações internacionais, tendo em vista que as normas constantes nesta lei “são de ordem pública, cogentes e indisponíveis, e, nessas condições, aplicáveis aos contratos internacionais de e-commerce, para a proteção dos direitos dos consumidores brasileiros”.

Partindo desse princípio, começam a surgir dúvidas sobre a viabilidade da utilização da arbitragem nos contratos de consumo. Ao tratar sobre as cláusulas abusivas,

---

31 BOIAGO, José Wilson, Junior. **Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos** – 1º ed.- Curitiba: Juruá, 2005. pg. 78.

32 VELLOSO, Leandro. A garantia de aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 612.

33 Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.

34 LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 225.



dispõe o art. 51, VII<sup>35</sup>, que é nula de pleno direito cláusula contratual que determine a utilização compulsória de arbitragem. Considerando que a vasta maioria dos contratos de consumo são contratos de adesão, surge um aparente conflito entre o disposto no CDC e a previsão do art. 4º, § 2º, da já mencionada Lei de Arbitragem, que estabelece:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. (...)

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Afinal, no contrato de consumo em que haja tão somente aderência ao estipulado pelo fornecedor, no qual conste autorização expressa, nos termos do artigo acima, do consumidor para instituição de cláusula compromissória, ou esta surja por iniciativa deste, deverá ser declarada a abusividade dessa eventual cláusula?

No entendimento de Antônio Junqueira de Azevedo, o art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, quando confrontado com o art. 51, VII, cria dois regimes jurídicos distintos para disciplinar os contratos de adesão, dividindo-os a depender se envolvem, ou não, consumidores. Dessa maneira, a cláusula compromissória nos contratos de consumo tem presunção de abusividade e é proibida, em qualquer caso, em que pese o termo “utilização compulsória”. Veja-se<sup>36</sup>:

É verdade que a lei expressamente somente dispõe sobre a que estipula “utilização compulsória de arbitragem”, o que parece supor uma permissão de cláusula de arbitragem facultativa. Mas uma cláusula compromissória somente tem sentido prático quando prevê a arbitragem com obrigatoriedade; — o adjetivo, no texto legal, parece ter sido fruto de excesso de preocupação do legislador, para deixar claro que não estava incluindo, na proibição, o compromisso, eis que este, de fato, embora não seja cláusula, pertence ao gênero “convenção de arbitragem” e não é compulsório.

Para o autor, o compromisso arbitral – aquele firmado após surgido o litígio –, porém, não é proibido, podendo apenas ser declarado abusivo a depender das circunstâncias do caso, se houve ou não abuso opção pela arbitragem mediante compromisso arbitral<sup>37</sup>.

Relativamente aos contratos de adesão firmados fora das relações de consumo, a Lei de Arbitragem criou um regime específico para essas situações. Assim, caso não haja consumidores envolvidos na relação, a cláusula compromissória “terá eficácia, nos contratos de adesão, se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou se manifestar sua concordância em documento anexo” (p. 9), nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

O regramento assemelha-se àquele dado às cláusulas de eleição de foro, que podem ser consideradas abusivas nos termos do art. 63, § 3º, do Código de Proces-

---

35 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

36 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. A Arbitragem e o Direito do Consumidor. In: Milton Paulo de Carvalho. (Org.). **Temas Atuais de Direito**. São Paulo: LTr, 1998, p. 157.

37 Idem. p. 157.

so Civil de 2015<sup>38</sup>. Em ambos os casos, visa-se garantir ao consumidor o direito de acesso à justiça. Nesse sentido, no entendimento de Fredie Didier Jr., cláusulas de eleição de foro em contratos de consumo são abusivas<sup>39</sup>:

i) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; ii) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; iii) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (...).

Por conseguinte, não obstante a cláusula compromissória seja vedada aos contratos de consumo celebrados em meio eletrônico, o compromisso arbitral ainda pode oferecer vantagens. A arbitragem não servirá como modo de antever a jurisdição adequada para julgar o conflito, uma vez que o compromisso arbitral é firmado apenas depois do surgimento da controvérsia, mas são mantidas as vantagens em eficiência relativas à custo, tempo e especialização do árbitro para a recente disciplina do direito digital e do comércio eletrônico.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se investigar, numa perspectiva da *Law and Economics*, a apresentação da arbitragem como meio hábil de redução dos custos de transação, em comparação ao processo judicial. No caso da Internet, percebe-se que isso se coaduna principalmente com a falta de segurança que o sistema jurisdicional tradicional causa, não contextualizado ao ambiente digital. Não raro, ao surgir o litígio, existem controvérsias longas acerca do juízo competente, não facilmente identificável nessas relações transnacionais, que poderiam ser evitadas caso fosse convencionado de início o juízo arbitral. Além do mais, há dificuldade em se encontrar julgadores com expertise na matéria de Direito Digital, podendo ser outro atrativo da arbitragem, uma vez que os árbitros tendem a ser escolhidos de acordo com sua desenvoltura para aquele tema específico, além de poder definir o foro adequado para julgar determinada demanda de maneira preventiva.

Ao investigar a utilização da arbitragem nos diversos segmentos do comércio eletrônico, constatou-se que esse instituto encontra mais abertura nos contratos empresariais. Quanto aos contratos eletrônicos de consumo, tem-se a abusividade da convenção de arbitragem instituída por meio de cláusula compromissória, não havendo óbices, porém, quanto a sua escolha feita de comum acordo entre consumidor e fornecedor através do compromisso arbitral.

Dessa forma, conclui-se, ainda, que todos os fatores até aqui elencados – associados ao uso da arbitragem – contribuem para a diminuição dos custos de transação dos negócios virtuais e para o crescimento desse ramo, ao passo que se torna cada vez mais atrativo para todos os agentes econômicos.

---

38 Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. (...) § 3o Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

39 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil** Op.cit.. p. 228.

## 7. REFERÊNCIAS

ALBERTIN, A. L. **Pesquisa FGV de comércio eletrônico no mercado brasileiro**. 18ª edição. São Paulo: EAESP/FGV, 2016. Programa de Excelência em Negócios na Era Digital do Centro de Informática Aplicada da Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EAESP) da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. A jurisdição no ciberespaço. **Revista CEJ (Brasília)**, v. 00, n. 20, 2003. p. 74-81.

BOIAGO, José Wilson Junior. **Contratação Eletrônica: Aspectos Jurídicos**. 1ª ed.- São Paulo: Juruá, 2005.

BRANDÃO, L. C. C.; SILVA, A. F. M. ; BALDIN, L. F. . A Internet e os limites da competência internacional: jurisprudenciais e a superação dos princípios tradicionais. In: POLIDO, Fabrício B. P.; ANJOS, Lucas (Orgs.). **O Marco Civil da Internet entre o doméstico e o global**. Belo Horizonte, 2016. p. 164-179.

CAPPELLETI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, *in Revista de Processo*, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994.

COASE, R. H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**, v.5. – 6. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2015

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. A Arbitragem e o Direito do Consumidor. In: Milton Paulo de Carvalho. (Org.). **Temas Atuais de Direito**. São Paulo: LTr, 1998, p. 149-158.

KURBALIJA, J.; GELBSTEIN, E. **Governança da Internet: questões, atores e cisões**. Rio de Janeiro: Nupef, 2005.

LEAL, Sheila do Rocio Cercai Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Análise da Pesquisa Arbitragem em Números de 2010 a 2015**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%202010%20a%202015.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

PUGLIESE, A. C. F.; SALAMA, B. M. A Economia da Arbitragem: Escolha Racional e Geração de Valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, 7, p. 015-028, Jan. - Jun. 2008.

RAMOS, Victor de Moraes. **A validade dos contratos celebrados pela internet (contratos eletrônicos)**. Universidade Salvador – UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/539/384>>. Acesso em: 11/12/2016.

Results of the WIPO Arbitration and Mediation Center International Survey on Dispute Resolution in Technology Transactions. **WIPO Arbitration and Mediation Center**. March, 2013. Disponível em: <<http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/surveyresults.pdf>>. Acesso em: 11/12/2016.

VELLOSO, Leandro. A garantia de aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Orgs.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 607-620.

VIAL, Sophia Martini. Contrato de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 80, 2011, p. 277-333.

## 7.1 Documentos e Casos

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 12/10/2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 12/10/2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 12/10/2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12/10/2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12/10/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção. Conflito de Competência 142.750/RJ, Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 11 de maio de 2016, publicado em 25/05/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma. Apelação Cível n.º 32655 RS 2002.04.01.032655-5, Relator Fernando Quadros da Silva. Julgado em 07 de novembro de 2006, publicado em 06/12/2006.



# POLÍTICA DE INFORMAÇÃO PARA A INTERNET: REGULAÇÃO DO ZERO-RATING NA UNIÃO EUROPEIA

Hermann Bergmann Garcia e Silva<sup>1</sup>

Marta Macedo Kerr Pinheiro<sup>2</sup>

Rodrigo Moreno Marques<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Internet se constitui atualmente como o principal domínio de criação e circulação da informação, sendo fundamental o desenvolvimento de uma estrutura normativa que alcance um equilíbrio entre direitos e responsabilidades de indivíduos e instituições, de forma a regular o impacto da rede mundial nos estágios da cadeia de produção informacional e, em última instância, nas dinâmicas socioeconômicas contemporâneas.

O ordenamento da Internet apresenta desafios próprios que demandam uma atuação multilateral, com a participação de diversos atores sociais em uma complexa correlação de forças e interesses, de forma a viabilizar a construção cooperativa de um modelo de governança que não seja pautado exclusivamente por interesses econômicos. Tendo em vista essa perspectiva, faz-se necessário construir políticas de informação para a Internet de maneira a não restringir o seu caráter aberto e isonômico, notadamente no que se refere à liberdade de escolha e de acesso informacional dos usuários, que influencia diretamente o consumo de determinados conteúdos e as potencialidades da rede.

O debate acerca da prática dos provedores de acesso à Internet denominada de *zero-rating* e a sua compatibilidade com o princípio da neutralidade de rede tem ganhado projeção nos fóruns regulatórios nacionais e internacionais. Países como Chile, Holanda, Eslovênia, Índia e Canadá já proibiram o *zero-rating*, enquanto outros como Alemanha, Áustria e Noruega também se manifestaram favoráveis à proibição sob a justificativa que a prática viola a neutralidade de rede<sup>4</sup>. A partir desse contexto, o objetivo do presente artigo é discutir como a União Europeia tem estruturado o disciplinamento dessa prática.

Nesse sentido, optou-se por uma pesquisa de natureza qualitativa, realizada por meio da investigação documental das mais recentes normas da União Europeia que tratam do assunto, suportada também por pesquisa bibliográfica sobre o tema.

O trabalho está organizado nos seguintes tópicos, após essa introdução: (i) Política de Informação: uma abordagem conceitual; (ii) A organização da União Europeia; e (iii) A regulação do *zero-rating* na União Europeia. A primeira parte desse artigo discute

---

1 Mestrando em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento na Universidade FUMEC, e-mail: tonelero04@hotmail.com

2 Doutora em Ciência da Informação pela UFRJ, Professora permanente na Universidade FUMEC, e-mail: martakerr@gmail.com.

3 Doutor em Ciência da Informação pela UFMG, Professor na Universidade FUMEC, e-mail: rodrigomorenomarques@yahoo.com.br

4 VAN SCHEWICK, Barbara. Network Neutrality and Zero-rating. **Attachment to Barbara van Schewick's Ex Parte in the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet submitted February**, v. 19, n. 2015, p. 14-28, 2015.

o conceito de política de informação e a abrangência de seu domínio. A segunda parte aborda a organização da União Europeia com vistas a compreender as suas particularidades institucionais. A terceira parte conceitua a prática do *zero-rating* e analisa o panorama de como a União Europeia regulou a matéria.

Assim, a análise desse cenário nos permite inferir que a União Europeia não estabeleceu uma vedação absoluta da prática, mas definiu critérios de referência para que as autoridades reguladoras nacionais possam avaliar, caso a caso, a compatibilidade do *zero-rating* com a legislação europeia para a neutralidade de rede.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. Política de Informação: uma abordagem conceitual

O controle da criação, do processamento, da utilização e da circulação da informação e do conhecimento é uma das mais antigas formas de governança das atividades política, social, cultural e econômica da sociedade. Nas sociedades tribais já se registravam práticas de transferência de conhecimento por meio de narrativas orais ou por registros de símbolos e figuras. No Império Romano, o mais conhecido instrumento de política de informação se materializou na construção de um sistema de cento e quarenta e quatro mil quilômetros de estradas que viabilizou uma rede de comunicação em toda a extensão territorial do império. Os romanos também desenvolveram mapas e guias geográficos com vistas a possibilitar uma vantagem estratégica para os soldados no campo de batalha. Já na Idade Moderna, em 1597, a Igreja Católica instituiu o registro obrigatório de todos os nascimentos e falecimentos, reconhecendo a importância do controle demográfico sobre a população. Mas foi a partir da segunda metade do século XX, com o surgimento do computador, da digitalização, da convergência tecnológica e da Internet, que o estabelecimento de políticas para o fluxo informacional alcançou uma dimensão e uma complexidade sem precedentes na história da humanidade<sup>5</sup>.

Política de informação pode ser compreendida como o conjunto de leis e normas regulatórias emanadas do setor público que disciplinam a criação, o uso, o armazenamento e a comunicação da informação. Nesse sentido, a sua principal função seria garantir a estabilidade normativa e institucional para que o fluxo informacional possa acontecer<sup>6</sup>.

Há também que se ressaltar que não são apenas as leis e as normas regulatórias que se constituem fontes para o estabelecimento e implementação de políticas de informação. As capacidades tecnológicas e as decisões sobre a arquitetura de sistemas também impõe regras técnicas para o acesso e uso da informação, como, por exemplo, a seleção de protocolos padrões de comunicação ou a configuração de acesso por meio da definição de parâmetros<sup>7</sup>.

Outra abordagem a ser considerada para política de informação é aquela voltada para a caracterização, delineamento e definição de ações com foco na utilização da informação como elemento transformador da sociedade. Destaca-se que a informação não é produzida e consumida de maneira uniforme, o que gera uma elite e uma periferia

5 BRAMAN, Sandra. **Information, policy, and power**. Cambridge: MIT Press, p. 41-46, 2006.

6 WEINGARTEN, Fred W. Federal information policy development: The Congressional perspective. **United States government information policies: Views and perspectives**, p. 77-99, 1989.

7 REIDENBERG, Joel R. Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology. **Tex. L. Rev.**, v. 76, p. 553, 1997.



informacional cuja distância tende a aumentar caso não sejam adotadas medidas para mitigar essa tendência. É nesse contexto que as políticas de informação, principalmente em países em desenvolvimento, assumem um papel preponderante para permitir o acesso e a disponibilidade da informação para toda a sociedade<sup>8</sup>.

Torna-se importante identificar um objetivo para a política de informação que consiste no desenvolvimento de uma estrutura legislativa e regulatória em que o uso e a circulação da informação sejam estimulados, alcançando um equilíbrio entre direitos e responsabilidades de indivíduos e instituições. Nessa perspectiva, salienta-se a necessidade de se estabelecer políticas capazes de acompanhar as rápidas mudanças das tecnologias da informação e comunicação<sup>9</sup>.

No mundo contemporâneo, identifica-se uma subversão de sentido no conceito de política de informação na medida em que a economia do conhecimento tem sido apresentada como o seu elemento norteador, por meio de um discurso de cunho eminentemente econômico. Isso se deve ao reconhecimento que a produtividade e a competitividade dos agentes econômicos são cada vez mais dependentes da capacidade de se transformar informação em conhecimento, o que desloca o eixo da geração de valor da produção tangível para um paradigma de intangibilidade, baseada no uso de tecnologias da informação e comunicação<sup>10</sup>.

Nesse contexto, González de Gómez propõe utilizar a noção de regime de informação, conceito originalmente concebido por Frohman<sup>11</sup>, como um recurso interpretativo para abordar as relações entre política, informação e poder, com vistas a ampliar o campo disciplinar e institucional da política de informação, evitando o reducionismo do seu domínio<sup>12</sup>.

A autora define regime de informação como o

[...] modo informacional dominante em uma formação social, o qual define quem são os sujeitos, as organizações, as regras e as autoridades informacionais e quais os meios e os recursos preferenciais de informação, os padrões de excelência e os modelos de sua organização, interação e distribuição, enquanto vigentes em certo tempo, lugar e circunstância<sup>13</sup>.

Assim, o conceito de regime de informação nos fornece “uma paisagem do campo de ação da política de informação”<sup>14</sup>, de forma a relacionar atores, tecnologias, normas e padrões regulatórios de acordo com o contexto informacional. Já a noção de política de informação está relacionada com a definição e posicionamento político no tratamento de qualquer questão relacionada aos processos e fluxos de informação no

---

8 MARCIANO, João Luiz Pereira. Bases teóricas para a formulação de políticas de informação. **Informação & Sociedade**, v. 16, n. 2, p. 44, 2006.

9 MOORE, Nick. Information policy and strategic development: a framework for the analysis of policy objectives. In: **Aslib Proceedings**. MCB UP Ltd, 1993. p. 281-285.

10 GONZÁLEZ DE GÓMEZ, Maria Nélide. Novos cenários políticos para a informação. **Ciência e Informação**, v.31, n.1, p. 27-28, 2002.

11 FROHMANN, Bernd. Taking information policy beyond information science: applying the actor network theory. In: **ANNUAL CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION FOR INFORMATION SCIENCE/ASSOCIATION CANADIENNE DES SCIENCES DE L'INFORMATION**. 1995, p. 1-15.

12 GONZÁLEZ DE GÓMEZ, Maria Nélide. Regime de informação: construção de um conceito. **Informação & Sociedade: Estudos**, v. 22, n. 3, p. 50, 2012.

13 Idem. p. 43.

14 MAGNANI, Maria Cristina Brasil; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. “Regime” e “Informação”: a aproximação de dois conceitos e suas aplicações na Ciência da Informação. **Liinc em Revista**, v. 7, n. 2, p. 596, 2011.

âmbito social.

Ou seja, a política de informação é o instrumento de materialização do regime de informação. Trata-se do “conjunto de ações e decisões orientadas a preservar e a reproduzir, ou a mudar e substituir um Regime de Informação, e podem ser tanto políticas tácitas ou explícitas, micro ou macro políticas”<sup>15</sup>.

Braman<sup>16</sup>, por sua vez, ao discutir os domínios das políticas de informação, propõe duas abordagens conceituais complementares: uma concebe a política de informação a partir do seu impacto constitutivo na sociedade e outra se baseia no modelo da cadeia de produção da informação.

De acordo com a primeira abordagem, a apreensão do impacto constitutivo da informação na sociedade é considerada a mais importante e fundamental perspectiva para as áreas da informação e da política de informação. Essa proposta, que não se atém às minúcias de leis e regulamentos existentes, volta-se para o objeto do exercício das políticas, ou seja, para a construção e manutenção do tipo de sociedade em que se quer viver.

A segunda abordagem discute o conceito de política de informação a partir do modelo da cadeia de produção da informação composta pelos estágios de criação, processamento, armazenamento, transporte, distribuição, busca, recuperação e destruição. Segundo esse ponto de vista, na esfera da política de informação estão todas as leis e normas regulatórias que lidam com qualquer um dos estágios da cadeia de produção da informação. Assim, exemplos de políticas de informação são os marcos regulatórios voltados para a radiodifusão, para as telecomunicações e para a Internet.

Portanto, as normas que impactam no acesso e na circulação da informação na Internet, a exemplo da regulamentação da neutralidade da rede, estão inseridas no domínio das políticas de informação nacionais. No caso da União Europeia, o disciplinamento desse tipo de matéria encontra um desafio adicional, que é o estabelecimento de um arcabouço jurídico comum dentro de uma complexa estrutura multilateral, que envolve diferentes países com os seus posicionamentos nem sempre convergentes.

## 2.2. A organização da União Europeia

A União Europeia possui características singulares que a diferem de uma federação. Os países que a integram, denominados Estados-Membros, permanecem como nações soberanas independentes, mas conciliam as suas diferenças de forma a atuar em bloco para defender os seus interesses no cenário mundial. Na prática, para conciliar interesses soberanos, os Estados-Membros delegam algumas competências para instituições supranacionais comunitárias, criadas para tratar de assuntos comuns de forma convergente.

Ressalte-se que o fenômeno jurídico da supranacionalidade, também denominado de soberania compartilhada, surge justamente da busca pela conciliação entre a necessidade de cooperação e integração e a manutenção da soberania dos Estados-Membros<sup>17</sup>.

---

15 GONZÁLEZ DE GÓMEZ, Maria Nélide. Caráter seletivo das ações de informação. *Informare*, v.5, n. 2, p. 69, 1999.

16 BRAMAN, Sandra. Information, policy, and power. Op. cit. p. 67-78.

17 CEZAR, Érica Lopes. **Direito Comunitário e Tribunal Supranacional: um futuro para integração das Américas, uma visão à luz do MERCOSUL e da União Européia**. 2002. 301 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade

A União Europeia possui personalidade jurídica própria e o seu ordenamento normativo tem efeito direto ou indireto na legislação dos Estados-Membros, dependendo da natureza do ato, e pode ser dividido em direito originário ou primário, constituído pelos tratados e pelos princípios gerais, e em direito derivado, que é composto pelos regulamentos, diretivas, decisões e recomendações, que são criados em razão das disposições do direito originário e para garantir a sua execução.

Os tratados se posicionam no vértice da estrutura normativa e estabelecem os objetivos, as regras de funcionamento das suas instituições, o processo de tomada de decisões e a relação entre a União Europeia e os países que a constituem. O Tratado de Lisboa entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009 e representa a última alteração aos tratados na União<sup>18</sup>.

Os princípios gerais, previstos no artigo 6º do Tratado da União Europeia<sup>19</sup>, consagram os valores mais importantes do ordenamento jurídico comunitário, quais sejam: Estado de Direito, democracia, liberdade e direitos fundamentais. Há que se destacar, ainda, os princípios do equilíbrio institucional, da subsidiariedade e da proporcionalidade que viabilizam a configuração institucional da União Europeia e o modo de ação específico da Comunidade<sup>20</sup>.

O princípio do equilíbrio institucional está relacionado com o respeito recíproco que os diversos órgãos da União devem ter pelas competências decisórias dos outros. Nesse sentido, os tratados devem buscar manter uma relação de pesos e contrapesos na repartição das competências entre os diversos níveis de poder<sup>21</sup>.

Já o princípio da subsidiariedade permite um determinado grau de autonomia a uma autoridade subordinada em relação a uma instância hierarquicamente superior. Ele possui a finalidade de regular o exercício das competências não exclusivas da União e exclui a intervenção da União quando uma matéria puder ser regulamentada pelos Estados-Membros de modo eficaz. Assim, esse princípio confere legitimidade à União para exercer os seus poderes somente quando os objetivos de uma ação não forem alcançados pelos Estados-Membros<sup>22</sup>.

Faz-se necessário salientar que o princípio da proporcionalidade é indissociável do princípio da subsidiariedade, já que ambos servem como condicionantes para a intervenção da União em assuntos de competência concorrente com os Estados-Membros<sup>23</sup>. Ele está previsto no artigo 5º, parágrafo 4º, do Tratado da União Europeia<sup>24</sup>, que dispõe que a ação da União não deve exceder o necessário para atingir os objetivos perseguidos, ou seja, “a idéia de proporcionalidade liga-se a dois conceitos principais: o de proibição de excesso e o da necessidade”<sup>25</sup>.

---

Federal de Pernambuco, Recife, p.42, 2002.

18 COMISSÃO EUROPEIA. Como funciona a União Europeia. **Guia das Instituições da União Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias**, p. 3-4, 2013.

19 UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia modificado pelo Tratado de Lisboa**. Jornal Oficial, C 115, 9 de maio de 2008.

20 LIMA FILHO, Francisco das C. A ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA EUROPEIA: PRINCÍPIOS E FONTES. **Conselho Editorial e Científico**, p. 75, 2006.

21 COSTA, Tiago Fernando Brito da. **Uma constituição para a europa: a possibilidade de existência de uma constituição europeia na actualidade**. 2012. 46 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, p. 26, 2012.

22 PARLAMENTO EUROPEU. O Princípio da Subsidiariedade. **Fichas Técnicas sobre a União Europeia**, 2016. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.2.2.htm](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.htm), acesso em 15/07/2016.

23 GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade e os blocos econômicos. **Ariel**, p. 8, 1997.

24 UNIÃO EUROPEIA. Op. cit.

25 GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito Comunitário**. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 313, 2008.

Já no domínio do direito derivado, o regulamento se constitui em um instrumento jurídico de caráter geral, vinculativo em todos os seus elementos e diretamente aplicável a todos os integrantes da União Europeia. O regulamento visa garantir uniformidade das regras em todos os Estados-Membros, tornando não aplicáveis quaisquer normas que sejam incompatíveis com a sua disposição legislativa. Ele representa a norma derivada de maior hierarquia, se situando abaixo apenas dos tratados<sup>26</sup>.

A diretiva, por sua vez, vincula apenas os Estados-Membros destinatários no que se refere ao resultado que se pretende alcançar, permitindo uma margem discricionária às instâncias nacionais quanto à definição do meio e da forma. Essa faculdade permite aos Estados-Membros a adequação da norma às especificidades nacionais. Para que a diretiva tenha plena eficácia faz-se necessário que o legislador nacional adote um ato de transposição para o direito interno, ou seja, ela não possui aplicabilidade direta. Somente após essa transposição é que se tornam eficazes os direitos e exigíveis as obrigações fixadas na diretiva. Salienta-se que a maior parte das violações das normas comunitárias pelos Estados-Membros é causada pela falta de transposição das diretivas para o direito nacional dentro dos prazos estabelecidos<sup>27</sup>.

A decisão é outro ato vinculativo aos seus destinatários. Ou seja, diferentemente do regulamento que possui caráter *erga omnes*, a decisão destina-se a regular casos concretos que dizem respeito a partes específicas, que podem ser Estados-Membros, pessoas físicas ou jurídicas. Assim, pode-se conceituar a decisão como um ato unilateral que visa prescrever condutas no caso particular<sup>28</sup>.

Já a recomendação é de adoção facultativa pelos Estados-Membros, já que não cria quaisquer direitos ou obrigações para os seus destinatários, não gerando normas jurídicas propriamente ditas. Entretanto, podem servir de fonte para interpretação das normas comunitárias<sup>29</sup>.

O processo decisório da União Europeia envolve três instituições principais: o Parlamento Europeu, composto por 751 representantes que são eleitos diretamente pelos cidadãos para um mandato de cinco anos; o Conselho da União Europeia, que integra os ministros dos governos que representam cada um dos Estados-Membros; e a Comissão Europeia, composta por um colegiado de vinte e oito comissários indicados pelos países da União Europeia, que representa os interesses da União e atua como a guardiã dos tratados da Comunidade Europeia<sup>30</sup>.

O Parlamento Europeu tem a função de controle político e atua como co-legislador, tendo em vista que as suas decisões, que têm força de lei, somente são aprovadas com a concordância do Conselho da União Europeia<sup>31</sup>. Além das funções legislativa e orçamentária exercidas em conjunto com o Parlamento, o Conselho da União Europeia também é responsável pela coordenação e definição das políticas da União em confor-

---

26 CEZAR, Érica Lopes. *Op.cit.* p. 54.

27 LOPES, Paulo. **Regulação das Telecomunicações no Mundo: União Européia**. 1. ed. Brasília: Anatel, p. 55, 2009.

28 DOS SANTOS, Adalcio Machado; SCAPIN, Evelyn. **ABORDAGEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPEIA—O DIREITO** Érica Lopes. *Op.cit.* p. 55

UNIÃO EUROPEIA. **Instituições e outros organismos da UE**. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_pt)>. Acesso em 08 jul 2016.

CEZAR, Érica Lopes. *Op.cit.* p. 90. **COMUNITÁRIO. Ponto de Vista Jurídico**, v. 4, n. 2, p. 8-19, 2016.

29 CEZAR, Érica Lopes. *Op.cit.* p. 55

30 UNIÃO EUROPEIA. **Instituições e outros organismos da UE**. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_pt)>. Acesso em 08 jul 2016.

31 CEZAR, Érica Lopes. *Op.cit.* p. 90.

midade com as condições estabelecidas nos tratados.

Já a Comissão Europeia exerce as atribuições executivas da União Europeia, sendo ainda responsável pela elaboração de propostas de novos atos legislativos europeus e pela execução da legislação, das políticas públicas e do orçamento da União. A Comissão Europeia também representa a União Europeia nas instâncias internacionais.

Outras duas instituições têm um papel muito importante na organização institucional da União Europeia: o Tribunal de Justiça, que sustenta a construção jurisprudencial garantidora da aplicação do direito comunitário, e o Tribunal de Contas, que é responsável pela fiscalização da administração orçamentária e financeira realizada pela União.

Em uma União Europeia composta por vinte e oito Estados-Membros, faz-se necessário ter uma abordagem comum com vistas a obter a segurança jurídica necessária para a governança dos interesses comunitários. Nesse contexto, o órgão supranacional responsável pela regulação do mercado das comunicações eletrônicas na União Europeia, denominado de BEREC (*The Body of European Regulators for Electronic Communication*), é uma instituição criada pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia em 25 de novembro de 2009<sup>32</sup> com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento das redes e serviços na Europa.

Apesar de não possuir capacidade decisória, o BEREC atua como um importante ente de coordenação e cooperação entre a Comissão Europeia e as Autoridades Reguladoras Nacionais (*National Regulators Authorities* – NRAs) dos Estados-Membros, além de atuar na aplicação e desenvolvimento das melhores práticas regulatórias em assuntos relacionados com as comunicações eletrônicas<sup>33</sup>.

Assim, a partir da análise da organização institucional da União Europeia, pode-se verificar que a criação de uma política de informação para a Internet é objeto de deliberação conjunta pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Já a sua implementação fica sob a responsabilidade da Comissão Europeia, que exerce as suas atribuições por intermédio da atuação especializada do BEREC.

### 2.3. A regulação do zero-rating na União Europeia

Em 25 de novembro de 2015, foi aprovada a *Regulation* 2015/2120<sup>34</sup> com o objetivo de estabelecer normas comuns para preservar o tratamento isonômico e não discriminatório do tráfego na Internet, de forma a proteger os usuários finais e ao mesmo tempo garantir a continuidade da Internet como uma plataforma aberta para a inovação, conforme especificado no artigo 1º, parágrafo 1º, do instrumento normativo, a saber: *"This Regulation establishes common rules to safeguard equal and non-discriminatory treatment of traffic in the provision of internet access services and related end-users' rights."*<sup>35</sup>

A *Regulation* 2015/2120, dada a sua natureza jurídica de regulamento, tem

---

32 *Regulation* (EC) 1211/2009.

33 LESCOP, Denis. Regulation and Competition-EU Telecoms Reform: Towards a Unique and Competitive Market. **Communications and Strategies**, n. 77, p. 149-155, 2010.

34 UNIÃO EUROPEIA. **Regulation 2015/2120**. Jornal Oficial, L310/1, 26 de novembro de 2015. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2015/2120/oj>>. Acesso em 08 jul. 2016.

35 "O presente regulamento estabelece regras comuns para salvaguardar o tratamento isonômico e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet e os direitos conexos dos usuários finais." (UNIÃO EUROPEIA, 2015, p. 310/08, tradução nossa).



caráter compulsório e se aplica a todos os Estado-Membros da União Europeia, sem necessidade de sua transposição para a legislação nacional. O referido marco regulatório consagra o princípio da neutralidade de rede “que estabelece que os responsáveis pela infraestrutura da rede e seus serviços não podem discriminar conteúdos que nela circulam”<sup>36</sup>, sendo que o tratamento assimétrico de tráfego deve respeitar tão somente aspectos de ordem técnica, não sendo admitida qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento<sup>37</sup>.

De acordo com o princípio da neutralidade de rede, a Internet, como uma plataforma de compartilhamento de informações, deve transmitir os pacotes de dados de maneira isonômica, independentemente da sua origem, destino, conteúdo, aplicação ou serviço, desde que a rede possua capacidade disponível para transportá-los.

A neutralidade de rede pode ser caracterizada por três princípios constitutivos que são sistematizados na obrigação imposta aos provedores de acesso à Internet de não bloquear ou reduzir a velocidade de acesso de usuários a determinados conteúdos e aplicações; na vedação de cobrança de tarifas diferenciadas para acesso a determinados conteúdos ou aplicações; e na obrigação de se manter práticas transparentes e razoáveis de gerenciamento de tráfego<sup>38</sup>.

No contexto da União Europeia, durante o período de 6 de junho a 18 de julho de 2016, o BEREC colocou em consulta pública uma proposta de regulamentação das regras estabelecidas pela *Regulation 2015/2120*, com vistas a servir de referência para a implementação das obrigações pelas Autoridades Reguladoras Nacionais dos vinte e oito Estados-Membros<sup>39</sup>.

Em 30 de agosto de 2016, após 481.547 contribuições recebidas dos mais diversos setores da sociedade, que representaram uma participação sem precedentes nas consultas públicas já realizadas pela entidade, foi publicado o documento final de orientações gerais que foi denominado *Guidelines to National Regulatory Authorities (NRAs) on the implementation of the new net neutrality*<sup>40</sup>.

É nesse ambiente normativo que se insere o disciplinamento da prática comercial denominada de *zero-rating*. Essa prática dos provedores de acesso à Internet consiste na aplicação de gratuidade do tráfego de dados associado a uma aplicação, um serviço, ou a um conjunto de aplicações. O *zero-rating* pressupõe que não são contabilizados os fluxos de *bytes* nas franquias contratadas pelos usuários para o acesso à rede mundial de computadores.

Em uma realidade de crescimento exponencial da demanda por dados, a disponibilidade de ofertas de *zero-rating* é atrativa para os usuários dos serviços de tele-

---

36 MARQUES, Rodrigo Moreno; PINHEIRO, Marta Macedo. Informação e poder na arena da Internet. **Informação & Sociedade**, v. 24, n. 1, p. 48, 2014.

37 CGI (Cômite Gestor da Internet no Brasil). Princípios da governança e uso da Internet no Brasil. São Paulo, p. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 22 ago. 2016.

38 RAMOS, Pedro Henrique Soares. Towards a developmental framework for net neutrality: the rise of sponsored data plans in developing countries. In: **2014 TPRC Conference Paper**. 2014.

39 BEREC. Public Consultation on draft Berc Guidelines on implementation by National Regulators of European net neutrality rules. Riga, p. 1-43, 2016a. Disponível em: <[http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/public\\_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules)>. Acesso em 20 jun. 2016.

40 BEREC. **Berc Guidelines on the Implementations by National Regulators of European Net neutrality Rules**. Riga, 2016b. Disponível em: <[http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/regulatory\\_best\\_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules)>. Acesso em 30 ago. 2016.



comunicações que atribuem valor à possibilidade de acessar determinado conteúdo ou aplicação por meio de uma conexão sem tarifação.

Um importante fato a se considerar é que a prática do *zero-rating* só se operacionaliza nos contratos que possuem um limite para o volume de dados trafegados, que restringe a quantidade de conteúdo que os usuários podem acessar mensalmente<sup>41</sup>.

O *zero-rating* pode ser configurada em diversos arranjos comerciais que dependerão da relação do provedor de acesso à Internet e do provedor de conteúdo. Os dois tipos mais comuns da prática são aqueles em que o acesso gratuito é estabelecido pela própria operadora de telecomunicações (*carrier initiated*), com o objetivo de atrair potenciais novos consumidores para aumentar a sua participação no mercado, e o denominado acesso patrocinado (*sponsored data*), em que o provedor de conteúdo subsidia o custo de acesso dos usuários para disponibilizar o seu conteúdo de forma gratuita<sup>42</sup>. A Agência Nacional de Telecomunicações, na sua manifestação sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet<sup>43</sup>, identifica uma terceira modalidade de *zero-rating* que se caracteriza quando a operadora de telecomunicações isenta o usuário de cobrança de dados para aplicações de interesse público e sem fins comerciais.

Destaca-se que o *zero-rating* pode trazer pelo menos três consequências negativas para o acesso informacional dos usuários, quais sejam: a possibilidade de governos utilizarem essa prática para controlar o fluxo de informações na Internet, influenciando no consumo de apenas determinados conteúdos; a constituição de barreiras sociais com uma potencial divisão entre uma “internet dos ricos”, com amplo acesso informacional, e outra “internet dos pobres”, em que a experiência da internet se limitaria a determinados conteúdos; e a terceira consequência seria a criação do chamado efeito *walled garden*, em que os usuários teriam pouco incentivo para explorar livremente conteúdos na Internet, se limitando a utilizar as aplicações ou serviços que não tivessem impacto na franquia de dados contratada. Destaca-se que o efeito *walled garden*, ou na tradução literal para o português “jardim murado”, é atribuído quando o usuário tem uma experiência da internet muito restrita ou controlada por filtros de conteúdos, que impede o usufruto da rede mundial de computadores como um ambiente livre, colaborativo e democrático<sup>44</sup>.

Van Schewick<sup>45</sup>, ao analisar a plataforma de vídeo Binge On da operadora móvel T-Mobile nos Estados Unidos, destaca que a prática de *zero-rating* distorce a competição, limita a possibilidade de escolha dos usuários, restringe a liberdade de expressão na Internet e prejudica a inovação.

Na sua avaliação, consumidores preferem utilizar conteúdos que não impactam a franquia de dados dos seus planos de serviços, motivo pelo qual as aplicações selecionadas pelos provedores de acesso desfrutam de uma vantagem competitiva sobre as demais, o que representaria uma distorção na competição do mercado. No mesmo sentido, a prática de *zero-rating* representa um fator determinante para a escolha de

---

41 MARSDEN, Christopher T. Comparative case studies in implementing net neutrality: a critical analysis of zero rating. **SCRIPTed**, v. 13, n. 1, p. 7, 2016.

42 EISENACH, Jeffrey A. The economics of zero rating. **NERA Economic Consulting, March**, p. 2, 2015.

43 ANATEL. Manifestação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel sobre a regulamentação prevista no Marco Civil da Internet. Brasília, p. 30, 2016.

44 RAMOS, Pedro Henrique Soares. Zero-rating: uma introdução ao debate. **PolITICS**, v. 21, n. 2, p. 3-4, 2015.

45 VAN SCHEWICK, Barbara. T-Mobile's Binge On Violates Key Net Neutrality Principles. **report, Stanford Law School's Center for Internet and Society, Stanford, CA**, 2016, p. 3-4.

determinados conteúdos pelo usuário, o que limita a experiência da Internet. No que se refere à liberdade de expressão, na medida em que se privilegiam determinados conteúdos, o *zero-rating* restringe o potencial da Internet de se tornar um espaço de livre participação democrática. Já o impacto na inovação está circunscrito na necessidade de adequação às condições técnicas ou comerciais que provedores de acesso à Internet irão impor às *startups* e empresas concorrentes para integrarem as suas plataformas *zero-rated*.

A partir da análise das orientações gerais publicadas pelo BEREC<sup>46</sup>, verifica-se que a União Europeia não estabeleceu uma proibição absoluta do *zero-rating*, mas especificou os tipos que não seriam compatíveis com as regras de neutralidade de rede, além de definir critérios de referência para que as Autoridades Reguladoras Nacionais pudessem avaliar, *ex post*, no caso concreto, quais práticas seriam ou não admitidas.

Há que se ressaltar que o artigo 3º, parágrafo 2º, da *Regulation* 2015/2012, dispõe que contratos entre provedores de acesso à Internet e usuários finais, referentes às condições técnicas e comerciais para provimento do serviço, como preço, volume de dados e velocidade, não podem restringir a liberdade de escolha de conteúdos e informações que os usuários desejam acessar ou distribuir e nem discriminar aplicações ou serviços, *a saber*:

*Agreements between providers of internet access services and end-users on commercial and technical conditions and the characteristics of internet access services such as price, data volumes or speed, and any commercial practices conducted by providers of internet access services, shall not limit the exercise of the rights of end-users laid down in paragraph 1.*<sup>47</sup>

Já o parágrafo 3º, do mesmo artigo, prevê que provedores de acesso devem tratar o tráfego da Internet de forma isonômica, sem discriminação, restrição ou interferência, inclusive no que se refere ao conteúdo acessado ou distribuído, conforme disposto no marco regulatório:

*Providers of internet access services shall treat all traffic equally, when providing internet access services, without discrimination, restriction or interference, and irrespective of the sender and receiver, the content accessed or distributed, the applications or services used or provided, or the terminal equipment used*<sup>48</sup>.

Portanto, nos termos estabelecidos no marco regulatório da neutralidade de rede, regulamentado por meio das orientações gerais, na situação em que todas as aplicações são bloqueadas, ou a velocidade de acesso reduzida, quando se alcança o limite de dados contratados, o fato de aplicações *zero-rated* não serem submetidas a esse bloqueio ou redução caracteriza uma violação ao disposto no artigo 3º, parágrafo 3º, da *Regulation* 2015/2120.

---

46 BEREC. **Berec Guidelines on the Implementations**, Op.cit.

47 “Acordos entre os prestadores de serviços de acesso à Internet e usuários finais sobre as condições comerciais, técnicas e características dos serviços de acesso à Internet, tais como preço, volume de dados ou velocidade, e quaisquer práticas comerciais utilizadas por prestadores de serviços de acesso à Internet, não podem limitar o exercício dos direitos dos usuários finais estabelecidos no parágrafo 1º.” (UNIÃO EUROPEIA, 2015, p. 310/8, tradução nossa).

48 “Provedores de serviços de acesso à Internet deverão tratar todo o tráfego de forma isonômica, ao prestarem serviços de acesso à Internet, sem discriminação, restrição ou interferência, independentemente do emissor e receptor, do conteúdo acessado ou distribuído, das aplicações ou serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado.” (*Ibidem.*, tradução nossa).

No mesmo sentido, o BEREC<sup>49</sup> estabelece que a atribuição do *zero-rating* a apenas determinadas aplicações também viola o previsto no artigo 3º, parágrafo 2º, já que sua prática limita o direito dos usuários ao acesso e distribuição de conteúdos na Internet.

Por outro lado, se o *zero-rating* for aplicado a toda uma classe de aplicações de mesma natureza, como, por exemplo, a todas as aplicações de *streaming* de vídeo, o BEREC<sup>50</sup> considera que a prática está em consonância com o princípio da neutralidade de rede, já que não se evidenciaria uma discriminação específica de determinada aplicação.

A análise de outras variedades de *zero-rating* deverá ser realizada a partir da apreciação dos casos concretos pelas autoridades reguladoras nacionais dos Estados-Membros. Para tanto, foram estabelecidos critérios de referência que deverão ser utilizados para se verificar se a prática é ou não permitida sob a égide da *Regulation* 2015/2120. Esses critérios incluem: avaliar se a prática é incompatível com os objetivos da norma de salvaguardar o tratamento isonômico e não discriminatório do tráfego e garantir o funcionamento da Internet como uma plataforma aberta para a inovação; avaliar o poder de mercado das entidades envolvidas; verificar se a prática impõe uma redução na oferta de aplicações disponíveis e se há uma redução na possibilidade de escolha dos usuários; verificar se a prática impõe restrições ao conteúdo que os provedores de conteúdo podem veicular e se eles serão desestimulados a entrar no mercado; identificar a abrangência da prática e as alternativas que os usuários teriam de acesso a outros planos de serviços.

Torna-se importante salientar que antes do estabelecimento do marco regulatório, ainda em 2013, a agência reguladora alemã Bundesnetzagentur, ao analisar a alteração da estrutura de preços para o acesso a Internet da Deutsche Telekom, já havia se manifestado que a prática de não descontar, do volume contratado pelo usuário, os dados da utilização do aplicativo de música Spotify, se caracterizava como uma inobservância ao princípio da neutralidade de rede<sup>51</sup>. Por conseguinte, verifica-se que as orientações gerais aprovadas pelo órgão regulador europeu estabeleceram uma referência para tipos de *zero-rating* que são claramente incompatíveis com a *Regulation* 2015/2012, ao mesmo tempo em que foram definidos critérios para que as Autoridades Reguladoras Nacionais pudessem avaliar as práticas do *zero-rating* na análise de casos concretos.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a expansão da prática do *zero-rating* por parte dos provedores de acesso à Internet, surgem novos desafios regulatórios para a governança da rede mundial de computadores, que impactam o princípio da neutralidade de rede. No âmbito das políticas públicas de informação, essa questão regulatória coloca em pauta a concepção original da Internet como uma plataforma voltada para a promoção do acesso aos conteúdos de acordo com o interesse e a escolha dos usuários.

Nesse cenário, a *Regulation* 2015/2012, em conjunto com a sua recente regulamentação promovida pelo BEREC, representa um instrumento que visa padronizar as re-

---

49 BEREC. *Berec Guidelines on the Implementations*, *Op.cit.*

50 *Ibidem.*

51 BUNDESNETZAGENTUR. *Report concerning the rate changes which Deutsche Telekom AG implemented for internet accesses*. Bonn, p. 12, 2013. Disponível em: < [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/BNetzA/Areas/Telecommunications/TelecomRegulation/NetNeutrality/Report\\_BNetzA\\_NN.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1%20](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/BNetzA/Areas/Telecommunications/TelecomRegulation/NetNeutrality/Report_BNetzA_NN.pdf?__blob=publicationFile&v=1%20)>. Acesso em 30 ago. de 2016.

gras de neutralidade de rede na União Europeia e se constitui, nessa perspectiva, como uma verdadeira política para o acesso e circulação da informação na Internet.

O disciplinamento da prática do *zero-rating* deve ser compreendido como uma experiência de reafirmação da importância do princípio da neutralidade de rede para se preservar a arquitetura original da rede mundial de computadores, ou seja, para se garantir uma política de informação que mantenha o caráter aberto, livre e isonômico da Internet.

Na medida em que se garante aos usuários o direito da livre escolha dos conteúdos, sem interferência dos provedores de acesso à Internet, a União Europeia estabelece uma importante diretriz voltada para assegurar o amplo acesso à informação, como parte indissociável do processo de produção e disseminação do conhecimento.

A experiência europeia pode servir de referência para outros países e autoridades regulatórias que atualmente discutem a criação do marco regulatório para a Internet ou que estão no processo de regulamentação do princípio da neutralidade de rede, como é o caso do Brasil.

No âmbito desse debate, ganham destaque o papel do Estado contemporâneo na constituição de uma política de informação para a Internet e o alinhamento das ações governamentais com essa política, notadamente no que se refere à regulação de práticas que podem restringir, de alguma maneira, o acesso informacional dos seus cidadãos, como se verifica com a prática do *zero-rating* pelos provedores de acesso à Internet.

## 4. REFERÊNCIAS

ANATEL. **Manifestação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel sobre a regulamentação prevista no Marco Civil da Internet.** Brasília, p. 30, 2016.

BEREC. **Public Consultation on draft Berc Guidelines on implementation by National Regulators of European net neutrality rules.** Riga, 2016a. Disponível em: <[http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/public\\_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/public_consultations/6075-draft-berec-guidelines-on-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules)>. Acesso em 20 jun. 2016.

BEREC. **Berc Guidelines on the Implementations by National Regulators of European Net neutrality Rules.** Riga, 2016b. Disponível em: <[http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/regulatory\\_best\\_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules)>. Acesso em 30 ago. 2016.

BRAKE, Doug. 7 Mobile Zero Rating: The Economics and Innovation Behind Free Data. **Net Neutrality Reloaded: Zero Rating, Specialised Service, Ad Blocking and Traffic Management**, p. 132, 2016.

BRAMAN, **Sandra. Information, policy, and power.** Cambridge: MIT Press, 2006, p. 1-545.

BUNDESNETZAGENTUR. **Report concerning the rate changes which Deutsche Telekom AG implemented for internet accesses.** Bonn, p. 12, 2013. Disponível em: <[https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/BNetzA/Areas/Telecommunications/TelecomRegulation/NetNeutrality/Report\\_BNetzA\\_NN.pdf?\\_\\_blob=publication](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/BNetzA/Areas/Telecommunications/TelecomRegulation/NetNeutrality/Report_BNetzA_NN.pdf?__blob=publication)>

[File&v=1%20>](#). Acesso em 30 ago. de 2016.

CEZAR, Érica Lopes. **Direito Comunitário e Tribunal Supranacional: um futuro para integração das Américas, uma visão à luz do MERCOSUL e da União Européia**. 2002. 301 f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

CGI (Cômite Gestor da Internet no Brasil). **Princípios da governança e uso da Internet no Brasil**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 22 ago. 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. Como funciona a União Europeia. **Guia das Instituições da União Europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias**, 2013.

COSTA, Tiago Fernando Brito da. **Uma constituição para a europa: a possibilidade de existência de uma constituição europeia na actualidade**. 2012. 46 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

DOS SANTOS, Adelcio Machado; SCAPIN, Evelyn. ABORDAGEM JURÍDICA DA UNIÃO EUROPEIA–O DIREITO COMUNITÁRIO. **Ponto de Vista Jurídico**, v. 4, n. 2, p. 8-19, 2016.

EISENACH, Jeffrey A. The economics of zero rating. **NERA Economic Consulting, March**, 2015, p. 1-11.

FROHMANN, Bernd. Taking information policy beyond information science: applying the actor network theory. In: **ANNUAL CONFERENCE OF THE CANADIAN ASSOCIATION FOR INFORMATION SCIENCE/ASSOCIATION CANADIENNE DES SCIENCES DE L'INFORMATION**. 1995, p. 1-15.

FUTTER, Ariel; GILLWALD, Alison. Zero-rated internet services: What is to be done?. **Policy Paper**, 2015, p. 1-10.

GONZÁLEZ DE GÓMEZ, Maria Nélide. Caráter seletivo das ações de informação. **Informare**, v.5, n. 2, 1999, p. 1-35.

GONZÁLEZ DE GÓMEZ, Maria Nélide. Novos cenários políticos para a informação. **Ciência e Informação**, v.31, n.1, 2002, p. 27-40.

GONZÁLEZ DE GÓMEZ, Maria Nélide. Regime de informação: construção de um conceito. **Informação & Sociedade: Estudos**, v. 22, n. 3, 2012, p. 43-60.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito Comunitário**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1-630.

KAKHKI, Arash Molavi et al. BingeOn Under the Microscope: Understanding T-Mobiles Zero-Rating Implementation. In: **Proceedings of the 2016 workshop on QoE-based Analysis and Management of Data Communication Networks**. ACM, 2016. p. 43-48.

LIMA FILHO, Francisco das C. A ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA EUROPEIA: PRINCÍPIOS E FONTES. **Conselho Editorial e Científico**, p. 75, 2006. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/15/artigos/04.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/04.pdf)>. Acesso em 08 jul. 2016.

LOPES, Paulo. **Regulação das Telecomunicações no Mundo: União Européia**. 1. ed.



Brasília: Anatel, 2009, p. 23-192.

LESCOP, Denis. Regulation and Competition-EU Telecoms Reform: Towards a Unique and Competitive Market. **Communications and Strategies**, n. 77, p. 149-155, 2010.

MAGNANI, Maria Cristina Brasil; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. "Regime" e "Informação": a aproximação de dois conceitos e suas aplicações na Ciência da Informação. **Liinc em Revista**, v. 7, n. 2, 2011, p. 593-610.

MARCIANO, João Luiz Pereira. Bases teóricas para a formulação de políticas de informação. **Informação & Sociedade**, v. 16, n. 2, 2006, p. 37-50.

MARQUES, Rodrigo Moreno; PINHEIRO, Marta Macedo. Informação e poder na arena da Internet. **Informação & Sociedade**, v. 24, n. 1, 2014, p. 47-60.

MARSDEN, Christopher T. Comparative case studies in implementing net neutrality: a critical analysis of zero rating. **SCRIPTed**, v. 13, n. 1, 2016, p. 1-38.

MOORE, Nick. Information policy and strategic development: a framework for the analysis of policy objectives. In: **Aslib Proceedings**. MCB UP Ltd, 1993. p. 281-285.

PARLAMENTO EUROPEU. O Princípio da Subsidiariedade. **Fichas Técnicas sobre a União Europeia**, 2016. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU\\_1.2.2.htm](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.2.2.htm), acesso em 15/07/2016.

PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. Processo de transformação das políticas de informação no estado informacional. **Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação e Biblioteconomia**, v. 5, n. 1, 2012, p. 113-126.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Towards a developmental framework for net neutrality: the rise of sponsored data plans in developing countries. In: **2014 TPRC Conference Paper**. 2014, p. 1-25.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Zero-rating: uma introdução ao debate. **PolITICS**, v. 21, n. 2, 2015, p. 1-8.

REIDENBERG, Joel R. Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology. **Tex. L. Rev.**, v. 76, p. 553, 1997.

SAMBULI, Nanjira. Challenges and opportunities for advancing Internet access in developing countries while upholding net neutrality. **Journal of Cyber Policy**, v. 1, n. 1, p. 61-74, 2016.

TAYLOR, Linnet. From Zero to Hero: How Zero-Rating Became a Debate about Human Rights. **IEEE Internet Computing**, v. 20, n. 4, p. 79-83, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Instituições e outros organismos da UE**. Disponível em: [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_pt). Acesso em 08 jul 2016.

\_\_\_\_\_. **Tratado da União Europeia modificado pelo Tratado de Lisboa**. Jornal Oficial, C 115, 9 de maio de 2008.

\_\_\_\_\_. **Regulation 2015/2120**. Jornal Oficial, L310/1, 26 de novembro de 2015. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2015/2120/oj>. Acesso em 08 jul. 2016.



VAN SCHEWICK, Barbara. **Analysis of proposed network neutrality rules**. 2015a. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/downloads/vanSchewick2015AnalysisofProposedNetworkNeutralityRules.pdf>>. Acesso em 21 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Network Neutrality and Zero-rating. **Attachment to Barbara van Schewick's Ex Parte in the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet submitted February**, v. 19, n. 2015, p. 14-28, 2015b.

\_\_\_\_\_. T-Mobile's Binge On Violates Key Net Neutrality Principles. **report, Stanford Law School's Center for Internet and Society, Stanford, CA**, 2016, p. 1-51.

WEINGARTEN, Fred W. Federal information policy development: The Congressional perspective. **United States government information policies: Views and perspectives**, p. 77-99, 1989.



GRUPO DE TRABALHO 2

# **ASPECTOS ECONÔMICOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS:**

REDES DESCENTRALIZADAS, ECONOMIA DE  
COMPARTILHAMENTO, NEUTRALIDADE E INOVAÇÃO

# A ESTRATÉGIA DA UBER NO BRASIL: A INFORMAÇÃO COMO FATOR PRODUTIVO E O TERRITÓRIO COMO RECURSO DA EMPRESA.

Fábio Tozi<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Este texto apresenta reflexões iniciais de uma pesquisa que busca compreender a chegada ao Brasil de empresas globais baseadas em informações estratégicas e compreender as suas ações seletivas no território. Especificamente, dedica-se a refletir sobre a empresa Uber, oficialmente definida como um aplicativo que coloca em contato carros, motoristas e passageiros. Defende-se, a partir de uma abordagem da disciplina geográfica, que a organização político-territorial do país é um dado ativo da ação da empresa, uma vez que a partir da escolha dos seus lugares de ação, os municípios são obrigados a criar leis regulamentando seu funcionamento.

O texto argumenta, ainda, que dimensões da vida coletiva e da urbanização passam a ser transferidas às empresas a partir do uso que elas realizam do território. Nessa direção, procura-se pontuar a importância de considerar as situações concretas relativas ao território nacional para refletir sobre as modernizações e, para tanto, apresentam-se os primeiros resultados empíricos do processo de pesquisa.

Finalmente, as considerações finais retomam a dimensão concreta da economia no território e na sociedade brasileiros e apresenta um conjunto de reflexões mais indicativos do que conclusivos, visando colaborar com o debate sobre a dialética entre território nacional e empresas globais. A técnica como categoria central de análise é retomada neste momento, visando enfatizar sua dimensão concreta, para além das visões tecnicistas, românticas ou ideológicas.

## 2. UM PROCESSO DE UBERIZAÇÃO DA ECONOMIA? METÁFORAS PARA A AÇÃO DAS EMPRESAS GLOBAIS DE INFORMAÇÃO ESTRATÉGICA

A tentativa de explicar e de compreender processos novos muitas vezes conduz a criação de termos que, em momentos posteriores, deverão ser reconsiderados. O neologismo *uberização* tem sido empregado na tentativa de explicação das ações de um conjunto seletivo de empresas de informação, bem como das novas relações de trabalho que se configuram a partir de ou mediadas por elas, entre as quais a Uber se destaca. Não há, todavia, uma definição clara dessa metáfora e, conseqüentemente, a capacidade explicativa e analítica que ela permite são bastante limitadas. Por outro lado, esse termo permite nomear processos altamente dinâmicos, pouco conhecidos e estudados e não é mera coincidência que os automóveis, objetos emblemáticos da modernidade, estejam, uma vez mais, em evidência.

---

<sup>1</sup> Doutor em Geografia (USP), Pós-Doutorado em Geografia (Unicamp), Professor Adjunto no Departamento de Geografia, Instituto de Geociências (IGC), Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), e-mail: fabio.tozi@gmail.com.

Na França, há mesmo um *Observatoire de l'Uberisation*<sup>2</sup>, que define o termo como a mudança rápida das relações de força entre os agentes, graças à digitalização da sociedade e do território. A uberização, para esse Observatório, é vista como algo poderoso e imprevisível que, contudo, terá impactos sobre todos os setores da economia de serviços na sua concepção mais tradicional. Associa-se, enfim, às ideias de economia do compartilhamento (*économie du partage*), inovação digital e competitividade.

Pensando esse processo a partir da formação econômica brasileira, Pochmann<sup>3</sup>, por sua vez, afirma que com a *uberização* o salário como custo fixo na relação de trabalho deixa de existir, tornando-se ao contrário, um custo variável. O autor questiona, assim, que a mudança da concepção de trabalhador (em suas configurações fordista e/ou taylorista) para a de 'empreendedor' gera uma disputa ideológica: se o indivíduo não é mais considerado – e não considera a si próprio – um trabalhador, as lutas coletivas e as legislações garantistas se enfraqueceriam.

Concordando com a tese do autor, pode-se dizer, porém, que esse fenômeno não é geral em relação às divisões sociais e territoriais do trabalho. Partindo da análise da economia urbana da cidade, debatida adiante, parcela significativa das pessoas e das atividades são vinculadas ao circuito inferior da economia urbana. Logo, as noções de precarização do trabalho e empreendedorismo não se aplicam inteiramente.

Ainda no domínio da linguística, cabe destacar o termo GAFAM<sup>4</sup> acrônimo de Google, Apple, Facebook e Amazon (às quais se acrescenta Microsoft), ou seja, as empresas – estadunidenses – que lideram a *transição digital*. Essas empresas assumem uma hegemonia global na medida em que controlam os novos padrões dos sistemas técnicos e informáticos, alcançando uma planetarização e um número gigantesco de usuários (únicos e/ou compartilhados). Não atuam em um ramo ou setor específico e exclusivo, mas, ao contrário, avançam em distintas frentes simultaneamente, porém, em todas elas a partir da criação de tecnologias que permitem a intercomunicação entre os setores econômicos tradicionais e os objetos técnicos telemáticos. Para além da Internet, atuam, isoladamente ou por meio de parcerias, nos ramos de telecomunicação e tecnologias da informação, compras e entregas em geral (logística), saúde, energia e outros serviços públicos, finanças, mídias e entretenimento, transportes, viagens e lazer.

Na interface entre novas tecnologias e a mobilidade<sup>5</sup>, há uma gama diversa de experimentos. Para os veículos, pode-se considerar desde a existência de sistemas de assistência ao motorista (controle da velocidade e outras opções de direção) até a total automação<sup>6</sup>. Vejamos algumas das principais pesquisas em curso.

---

2 O Observatório foi criado pela *Fédération des Auto-entrepreneurs* e é apoiada por diversas associações e empresas. Prevalece, no Observatório, um discurso econômico liberal e um viés ideológico, pois a uberização seria um processo favorável por si só, a despeito de quaisquer análises científicas sobre suas influências. Disponível em: <http://www.uberisation.org/fr>. Acesso em 22/10/2016.

3 POCHMANN, Márcio. A uberização leva à intensificação do trabalho e da competição entre os trabalhadores, 2016. Entrevista a André Antunes. **EPSJV/Fiocruz**. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-uberizacao-leva-a-intensificacao-do-trabalho-e-da-competicao-entre-os>. Acesso em 21/11/2016.

4 Esse termo se popularizou especialmente na França (imprensa e mídia em geral) e, posteriormente, torna-se, de certa maneira, a representação do grupo de empresas estadunidenses contra as quais a União Europeia sistematicamente busca proteger o seu mercado regional. As empresas que formam o GAFAM sofrem sucessivas investigações, regulações e punições por temas como a concorrência desleal, quebra de privacidade de cidadãos europeus ou fraude fiscal. Um segundo grupo de empresas, mais recente, denomina-se NATU (Netflix, Airbnb, Tesla e Uber) e também simboliza essas empresas globais baseadas em informações.

5 Adotaremos o termo *mobilidade* para facilitar o diálogo com um público mais amplo. Cientificamente, todavia, a Geografia trabalha com o par dialético *fixos* e *fluxos*. Essa distinção será debatida ao longo da pesquisa, mas, em linhas gerais, a ideia de mobilidade é ligada a uma concepção setorial da economia que subsiste, hoje, de forma mais limitada do que dominante. Por outro lado, a partir de uma discussão sobre os fixos e os fluxos que configuram um fenômeno, os agentes, as técnicas, as normas e as escalas são analiticamente operacionalizáveis.

6 Desde 2004 a DARPA (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa ou *Defense Advanced Research Projects Agency*, na

Em um sistema já em comercialização, a Apple criou o *Apple Car Play*, que promove a comunicação entre *smartphone* e carro, integrando-os por comandos de voz. De forma mais ambiciosa, a empresa desenvolve pesquisas para um carro elétrico autônomo, projeto chamado *Titan*. Google, por sua vez, desenvolve, desde 2009, testes de um veículo autônomo (*Google Self-Driving Car Project*), com sistemas de posicionamento precisos e sensores que identificam objetos e pessoas exteriores e preveem comportamentos, a partir dos quais velocidade e trajeto são definidos sem interferência humana. Inicialmente, usavam-se veículos tradicionais adaptados e, desde 2014, um protótipo que abdica do volante e pedais, isto é, inabilita a ação de um eventual motorista. Mais do que um veículo de uso privado, os testes e a própria configuração do veículo indicam a intenção de que ele seja compartilhado<sup>7</sup>.

Já a fabricante de carros elétricos de luxo Tesla comercializa três modelos dotados de um sistema de piloto automático completo (*Autopilot Full Self-Driving Hardware*), também denominado uma “máquina de aprendizagem”: o sistema aperfeiçoa-se a partir não apenas de si próprio, mas de todos os outros modelos em circulação. Embora capazes de serem autônomos em tempo total (da abertura da porta de uma garagem à pilotagem até o estacionamento em uma vaga de rua), faz-se ainda necessário, por ausência de uma regulação compatível, a presença de um motorista habilitado. A ideia predominante, aqui, é a de um veículo particular autônomo.

A Uber, por sua vez, criou, em 2015, um centro de P&D, chamado *Advanced Technologies Center* (ATC), em Pittsburgh, aproximando-se da Universidade Carnegie Mellon, de onde saíram parte dos atuais pesquisadores do Centro. Em Pittsburgh, ocorrem os testes com carros autônomos desde 2016, em viagens solicitadas por usuários do aplicativo. Assim, embora exista um engenheiro-motorista em cada viagem, o veículo opera em condições reais, alimentando a base de dados empíricos da empresa para além das simulações<sup>8</sup>.

Essa escaramuça ao estado da arte acerca das pesquisas sobre veículos autônomos revela que o *leitmotiv* é, especialmente, a busca pela substituição do padrão tecnológico automotivo hoje hegemônico em direção a uma nova combinação entre energia e informação, conforme a definição proposta por Raffestin<sup>9</sup>. Considerando o trabalho como energia informada, a progressiva autonomia das máquinas e a decorrente substituição dos humanos apoia-se na informação. Logo, mais informação significaria menos trabalho humano na condução dos veículos. Uma vez que o autor considera o trabalho como o poder enraizado, um novo exercício do poder seria factível à empresa a partir da realização dessa tarefa.

De maneira destacada, os projetos desenvolvidos por Google e Uber revelam a ambição da banalização de veículos autônomos. Logo, os motoristas hoje atuantes na

---

sigla em inglês) realiza o *Grand Challenge*, no qual equipes concorrem entre si com veículos autônomos capazes de rodar em condições urbanas reais. É importante constatar que a DARPA concentra, desde 1958, dentro e fora do governo, um rico e sofisticado sistema de inovação voltado à segurança nacional. Ela é o pivô do que se denomina complexo militar-industrial estadunidense, isto é, dos financiamentos públicos a corporações, universidades e centros de pesquisa bélica e suas derivações (*spin-off*) em produtos para o mercado civil. Duas grandes inovações que caracterizam o período tecnológico-informacional têm origem na DARPA: o GPS (sistema de posicionamento global) e a Internet (originalmente ARPANET, em 1969).

7 Esse projeto faz parte da divisão *Google X*, também responsável por protótipos como o de um aeroplano autônomo capaz de transportar objetos (projeto similar ao *Amazon Prime Air*, sistema de entregas de mercadorias por Veículos Aéreos Não Tripulados – VANT), balões autônomos de telecomunicações e equipamentos de geração de energia eólica.

8 UBER. **Pittsburgh, your Self-Driving Uber is arriving now**. 2016. Disponível em: <https://newsroom.uber.com/pittsburgh-self-driving-uber/>. Acesso em 04/11/2016.

9 RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. São Paulo: Ática, 1993 [1980], p. 56.

Uber seriam, na estratégia da empresa, apenas uma etapa operacional posteriormente eliminável. Nesse caso, o trabalho deles, todavia, terá sido duplamente proveitoso: produzem lucros para a empresa e, simultaneamente, fornecem uma quantidade incalculável de informações que serão essenciais para o funcionamento dos autônomos<sup>10</sup>.

Nesse sentido, Hardt e Negri<sup>11</sup> chamam a atenção para o papel central que o acúmulo de informações desempenha no que eles denominam de *acumulação primitiva pós-moderna*, que caracteriza as grandes empresas desse período histórico:

Devemos ressaltar o papel central que a acumulação de informações desempenha nos processos de acumulação primitiva pós-moderna, e a socialização cada vez maior da produção. À medida que a nova economia da informação emerge, um certo acúmulo de informação é necessário antes que a produção capitalista possa ocorrer. A informação leva através de suas redes tanto a riqueza como o comando de produção, rompendo concepções anteriores de dentro e de fora, mas também reduzindo a progressão temporal que tinha, anteriormente, definido a acumulação primitiva<sup>12</sup>.

Os atuais motoristas, seriam, portanto, os sujeitos que, mesmo sem o saber, vão a campo em busca de dados concretos sobre as situações reais, afinal, um sistema tão complexo em variáveis não pode ser desenhado apenas com simuladores virtuais e pistas de testes, ambos incapazes de prever a multidimensionalidade de agentes, tempos e acontecimentos do tráfego concreto.

Se considerarmos a caracterização difundida pelas teorias da inovação, esse seria o momento em que uma tecnologia já madura convive, por certo período e em certos lugares, com outras tecnologias que propõem substituí-la. Sabe-se, historicamente, que aquela que se tornar hegemônica dará ao seu criador e ao país equivalente uma hegemonia tecnológica em relação aos concorrentes (empresas e países). Há, portanto, uma geopolítica da inovação que nos obriga a estar atentos para um movimento amplo de agentes e ações.

Logo, os objetos, como os veículos, não possuem importância em si mesmo. Conforme propõe Santos,<sup>13</sup> a forma apartada de seu conteúdo é uma verdade parcial, pois objeto (forma) e informação (conteúdo) são de fato inseparáveis. Dessa maneira, as inovações, quando se difundem geograficamente, difundem também os valores daqueles que as desenvolveram. Há, nessa direção, uma vantagem linguística dada aos países que adotam o inglês como língua, especialmente Estados Unidos da América e Grã-Bretanha. O inglês é, nas palavras de Biplan, o esperanto dos negócios<sup>14</sup>, além de uma pressuposta língua franca da Internet. Assim, ao nomear as inovações, difundem, ao mesmo tempo, valores culturais, configurando uma dimensão cultural da globalização da economia.

A dissociabilidade entre forma e conteúdo é fundamental a qualquer discussão sobre os veículos autônomos: é preciso fugir ao darwinismo social e tecnológico, que levaria a considerá-los como uma evolução natural dos automóveis, como são hoje concebidos. Embora convivam e estabeleçam relações, esses objetos são bem distintos,

---

10 Os dados relativos ao número de motoristas, tempo e quantidade de viagens, quilometragens percorridas, trajetos, tempo de permanência dos motoristas junto à empresa e a rotatividade dos mesmos, entre outros, não são divulgados pela empresa.

11 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001 [2000], p. 279.

12 *Ibidem*.

13 SANTOS, Milton. **A natureza do espaço. Técnica e tempo. Razão e emoção**. 1ª edição. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 80.

14 BIPLAN, Pierre. L'espéranto des affaires, 2004. **Hérodote**, 4 N°115, p. 141.



pois os primeiros são um projeto em si, uma *inovação radical*, no seu sentido mais literal. É, na definição socialmente ampla do termo, um sistema de transporte revolucionário, pois modifica as formas e as relações atualmente estabelecidas entre homens e objetos ao deslocarem-se<sup>15</sup>. Por outro lado, há continuidades tecnológicas, especialmente entre os agentes e nações que dominam as inovações.

No que tange às corporações, há a criação de uma psicosfera, ou seja, um conjunto de crenças, valores, ideologias, sonhos e desejos<sup>16</sup> que as colocam como as idealizadoras de um novo devir. Entretanto, não se pode esquecer que as empresas de informação se promovem com grande habilidade, fazendo com que o nome da marca se torne mais importante e valioso do que as suas atividades econômicas. A psicosfera de modernidade e de um “futuro melhor”, mesmo que abstrato, mostra sua eficiência nos sucessivos relatos de motoristas e usuários que consideram o aplicativo “bom em si mesmo”, a despeito do desarranjo que ele crie no tecido social. Um dos elementos desse exercício do poder da empresa é o fato de que motoristas de táxi e motoristas de Uber de um município qualquer disputem entre si a possibilidade de trabalho, quando a causa da desavença é uma decisão tomada por uma empresa em outro país. Da mesma forma, os usuários elogiarem a modernidade da Uber mascara o fato de que as relações que ela estabelece são perversas, pois não se preocupam com a totalidade socioespacial.

Ainda no reino da psicosfera, é sintomático que o nome da empresa, Uber, tenha transbordado até tornar-se o nome de um serviço e de novas formas de transporte tornando-se, ainda, uma metáfora para a transição digital (*uberização*). Há, portanto, uma obrigação ética das pesquisas científicas em revelar a perversidade que reside no fato de que uma corporação tenha tal autonomia para decidir sobre o futuro de territórios e sociedades complexos, distintos e desiguais. No mais, questões éticas e morais relativas aos veículos autônomos não podem ser decididas por um totalitarismo dos algoritmos.

### 3. DA GEOPOLÍTICA DA INOVAÇÃO AOS DOIS CIRCUITOS DA ECONOMIA URBANA: ESCALAS DE AÇÃO DA UBER E O TERRITÓRIO COMO ELEMENTO CONCRETO DA ECONOMIA

A teoria dos dois circuitos da economia urbana, de Santos,<sup>17</sup> considera a existência, na cidade, de dois circuitos complementares (superior e inferior), porém distintos entre si a partir de categorias de análise centrais:

- I. Capital (alto ou baixo);
- II. Tecnologia (sofisticada ou simples);
- III. Organização (burocrática ou simples);
- IV. Informação (fator produtivo ou não).

---

15 O termo *tecnologias* ou *inovações disruptivas* tem sido utilizado para designar tecnologias que não seriam nem *revolucionárias*, tampouco *evolutivas* (aprimoramentos de tecnologias existentes). O termo associa-se, em geral, ao ganho de competitividade de uma corporação em face de outras e, logo, está mais vinculado à microeconomia do que à economia em seu sentido socialmente amplo. Este último é, por sua vez, o entendimento priorizado nesse texto.

16 SANTOS, Milton. **A natureza do espaço. Técnica e tempo. Razão e emoção**. 1ª edição. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 13.

17 SANTOS, Milton. **O espaço dividido. Os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos**. 2ª edição. São Paulo: Edusp, 2004 [1975], p. 43.

Acredita-se que essa proposta analítica contribua à retomada da ideia da economia como relação social, o que pressupõe cooperação (divisões social e territorial do trabalho), para além da metáfora do ‘compartilhamento’. Da mesma maneira, em países pobres como o Brasil, a ideia de compartilhamento sempre existiu como artifício necessário à sustentação da vida social a partir dos lugares e como atividade econômica (formas de trabalho e circulação de dinheiro dentro do próprio circuito inferior). A chamada ‘arte da viração’ ou o ‘mercado socialmente necessário’, no que tange aos transportes, levou ao surgimento de novas modalidades, como o ‘táxi-lotação’, as ‘vans autônomas’ ou o ‘moto-táxi’, serviços que surgiram de necessidades cotidianas e posteriormente foram absorvidos e regulados pelos municípios e estados, embora muitos ainda sigam ilegais, embora socialmente legitimados.

A chamada economia do compartilhamento não objetiva revolucionar o sistema de propriedade e de fluxos de concentração de dinheiro, dois elementos estruturantes da economia de mercado. Da mesma forma, as decisões sobre uma tal colaboração não são colaborativas, mas altamente centralizadas. Grandes corporações globais não são entidades financeiramente colaborativas, basta analisar seus valores de mercado e suas taxas crescentes de lucratividade. A ideia de “compartilhamento” estaria, ao contrário, muito mais próxima às formas de organização como cooperativas e ao conjunto de atividades que se denomina de “economia solidária”, nas quais, dentro do próprio grupo, há maior horizontalidade nas decisões, circulação mais horizontalizada da informação, partilha de responsabilidades e divisão dos lucros e dos prejuízos com base em outros princípios.

Por sua vez, a chegada da Uber ao território nacional representa a constituição de novos setores econômicos oligopólicos ou monopólicos nos quais a descentralização dos coletores de informações e de dinheiro é acompanhada da recentralização da produção de normas e da acumulação de capital. Nessa situação, ao contrário de um mercado socialmente e localmente necessário, ocorre o fenômeno da ‘vampirização’ do circuito inferior pelo circuito superior, transferindo a renda que antes circulava no primeiro para o segundo. A recente decisão da Uber em aceitar o pagamento em dinheiro reforça a hipótese da capilarização do serviço para alcançar os lugares e pessoas mais pobres, incluindo aí aqueles que não possuíam cartões de crédito.

Aliás, além da Uber, outras empresas ingressam no país: a espanhola Cabify iniciou sua atuação em Belo Horizonte em setembro de 2016 (além de São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre). Os preços são similares aos da Uber, com o diferencial de permitir a solicitação de veículos e estimativa de preços a partir de computadores (sem a necessidade de *smartphones*). Essa possibilidade multiplataforma também é oferecida pela *televô*, empresa criada em Brasília em 2016, com atuação no Rio de Janeiro e com cadastro aberto para “parceiros” em São Paulo. A empresa oferece veículos pequenos, sedans e, fato novo, motos. Por fim, a Easy Táxi (empresa brasileira fundada em 2011), que operava por meio de aplicativos para taxistas, lançou, em julho de 2016, o EasyGo, sistema similar ao da Uber.

Todavia, uso e normatização do território não são coincidentes. Algumas observações iniciais sobre essa disritmia já podem ser ressaltadas: em Belo Horizonte, a Lei nº 10.900 (de 08/01/2016)<sup>18</sup>, regulamentada em abril do mesmo ano, determina que as

---

18 PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Governo. **LEI Nº 10.900**. Belo Horizonte, 08/01/2016.

empresas de transporte de passageiros que utilizem aplicativos e seus motoristas sejam cadastrados junto à Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans). Exige-se, de fato, que o motorista seja taxista com veículo e placa licenciados pela BHTrans. Logo, a Lei visou proibir o funcionamento da Uber, que somente poderia continuar em atividade se seus motoristas fossem taxistas já cadastrados.

Entretanto, no mesmo dia em que a Lei é regulamentada pela Prefeitura, a Uber divulga uma nota na qual afirma que continuaria operando no município<sup>19</sup>. Evidentemente, não reconhecer uma lei é uma atitude legítima, entretanto é mais relevante destacar o exercício do poder da empresa em face das decisões municipais, que se apoiou, posteriormente, em liminares judiciais<sup>20</sup> que autorizaram a sua atuação no território belo-horizontino e mineiro<sup>21</sup>. Nesse sentido, Morozov<sup>22</sup> afirma que a expansão global da Uber representa uma diminuição do poder dos entes públicos.

No município de São Paulo, após a aprovação do PL 349/2014 (em 09/09/2015), que proibiu o “uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas” o Prefeito de São Paulo, Fernando Haddad (PT) manifestou que a municipalidade estudava formas de regulação do serviço<sup>23</sup>. Assim, enquanto ainda tramitam Projetos de Lei sobre o tema, o Executivo, por meio de Decreto<sup>24</sup>, autorizou o funcionamento das Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas (OTTCs) que, além de Uber e similares prevê o sistema de caronas pagas e veículos autônomos.

A Prefeitura passou a exigir contrapartidas cadastrais e o pagamento de tributos à municipalidade e criou-se, a partir do Decreto paulista, uma certa “jurisprudência indireta” para os demais municípios brasileiros. Aqui, não se pode desconsiderar a capacidade de ação dos agentes envolvidos: numa comparação direta, o valor de mercado da Uber era de US\$ 68 bilhões em dezembro de 2015<sup>25</sup>. O orçamento do município de São Paulo para o ano de 2015 foi de R\$ 51,4 bilhões. Logo, não é exagero afirmar que uma única empresa possui mais poder econômico do que o município mais rico do Brasil.

No que tange ao papel chave desempenhado pelas Capitais na adoção das modernizações ao nível nacional, devemos retomar duas observações importantes relativas à chamada difusão territorial da inovação, a partir da obra seminal de Hägerstrand<sup>26</sup>:

---

19 UBER. **Sobre a lei 10.900/2016**, 2016. Disponível em <https://newsroom.uber.com/brazil/sobre-a-lei-10-9002016/>. Acesso em 08/09/2016.

20 PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Comarca de Belo Horizonte. 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. **Mandado de segurança coletivo**. Processo: 5014923-75.2016.8.13.0024, Belo Horizonte, 10 de março de 2016; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. **Mandado de segurança**. Processo: 5117005-87.2016.8.13.0024, Belo Horizonte, 12/09/2016.

21 De acordo com a Liminar de 10/03/2016, decidida pelo Juiz Michel Curi e Silva, impetrada pela SUCESU-MG (Sociedade de Usuários de Informática e Telecomunicações de Minas Gerais): “... o serviço de transporte de pessoas oferecido através de aplicativo de dispositivo móvel (aparelhos celulares, *tablets* etc), como por exemplo, o UBER, insere-se na modalidade de contrato particular de transporte, não se confundindo com o serviço público de transporte prestado por taxistas, mediante permissão do poder público” (ref. Proc. 5014923-75.2016.8.13.0024, 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte). Outra Liminar, de 09/09/2016, de autoria do Juiz Paulo de Tarso Tamburini Souza e impetrada pela Uber junto à 6ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte, amplia a decisão para todo o estado de Minas Gerais (ref. Proc. 5117005-87.2016.8.13.0024).

22 MOROZOV, Evgeny. Cheap cab ride? You must have missed Uber's true cost, 2016. **The Guardian**. 03/01/2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jan/31/cheap-cab-ride-uber-true-cost-google-wealth-taxation>. Acesso em 01/03/2016.

23 PREFEITURA DE SÃO PAULO, Secretaria Executiva de Comunicação. **Prefeito acredita em solução intermediária para o Uber e defende estudos**, 2015. Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/6061/#ad-image-0>. Acesso em: 10/10/2016.

24 *Op. cit.*

25 CHEN, Liyan, At \$68 billion valuation, Uber will be bigger than GM, Ford, and Honda. 2016. **Forbes**. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/liyanchen/2015/12/04/at-68-billion-valuation-uber-will-be-bigger-than-gm-ford-and-honda/#396c47015858>. Acesso em 20/01/2016.

26 HÄGERSTRAND, Torsten. **Innovation Diffusion as a Spatial Process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1967

- a. **Efeito de vizinhança** (*neighbourhood effect*): Os lugares próximos, em distância, ao centro da inovação, adotam-na mais precocemente; lugares com distâncias similares ao centro experimentariam um processo de difusão similar.
- b. **Efeito hierárquico** (*hierarchical effect*): Os lugares mais próximos ao centro da inovação (definido pela concentração populacional) adotam a inovação mais precocemente; Lugares com hierarquia similar têm processo de difusão similar.

A partir de um efeito de vizinhança, a imposição do fenômeno metropolitano no Brasil cria uma difusão da inovação por proximidade, já que a partir das capitais (como São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre ou Belo Horizonte) os municípios vizinhos passam a lidar, de maneira voluntária ou não, com as empresas de transporte mediado por aplicativos. Por outro lado, graças às conexões geográficas dessas metrópoles com o restante do país há um efeito hierárquico da difusão da aceitação dessas empresas. Assim, a difusão da inovação é, ao mesmo tempo, horizontal (no plano) e vertical (por conexões), criando uma economia urbana com distintos ritmos de modernização.

#### 4. A AÇÃO TERRITORIALMENTE SELETIVA DA UBER NO BRASIL: SITUAÇÕES CONCRETAS DA ECONOMIA URBANA

Acompanhando uma política de ação em escala global (544 cidades no mundo), a Uber aumenta sistematicamente o número de municípios onde atua no Brasil. Em setembro de 2016 operava em 12 municípios, sendo 11 capitais e Campinas, um dos municípios mais ricos do país. Em dezembro do mesmo ano já eram 34 municípios entre os 67 da América do Sul e Central nos quais ela está presente<sup>27</sup>. Nota-se uma escolha de lugares no território nacional que representam, em geral, algumas características comuns: economias de aglomeração, concentração populacional e de renda, congestionamentos e sistemas de transporte público deficitários em qualidade e quantidade (extensão e capilaridade das redes).

Destaque-se que o fato de não possuir veículos ou motoristas próprios faz da chegada da empresa em um município um processo veloz. Afinal, como temos insistido, a empresa tem como grande mercadoria a sua capacidade de colher, produzir, sistematizar e usar informações em seu próprio benefício. Nesse sentido, a empresa especializa-se, na verdade, não no transporte, mas na transformação de informações banais em informações estratégicas, ou produtivas, conforme a definição de Silva Bernardes<sup>28</sup>. Apoiados, igualmente, na análise de Lash<sup>29</sup> sobre as sociedades *conhecimento-intensivo*, propõe-se, aqui, pensar a ação territorial da empresa considerando ainda:

- I. O papel central da inovação, da criação, da invenção (protótipos), da P&D, do trabalho informacional intensivo;
- II. A informação como força produtiva (informações produtivas);

---

[1953], p. 158.

27 De acordo com levantamento feito no *site* da UBER. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/cities/>. Acesso em 09/12/2016.

28 SILVA BERNARDES, Adriana Maria. **São Paulo, produção de informações e reorganização do território brasileiro**. 2001. 283 páginas. Tese (Doutorado em Geografia), USP, São Paulo, p. 185.

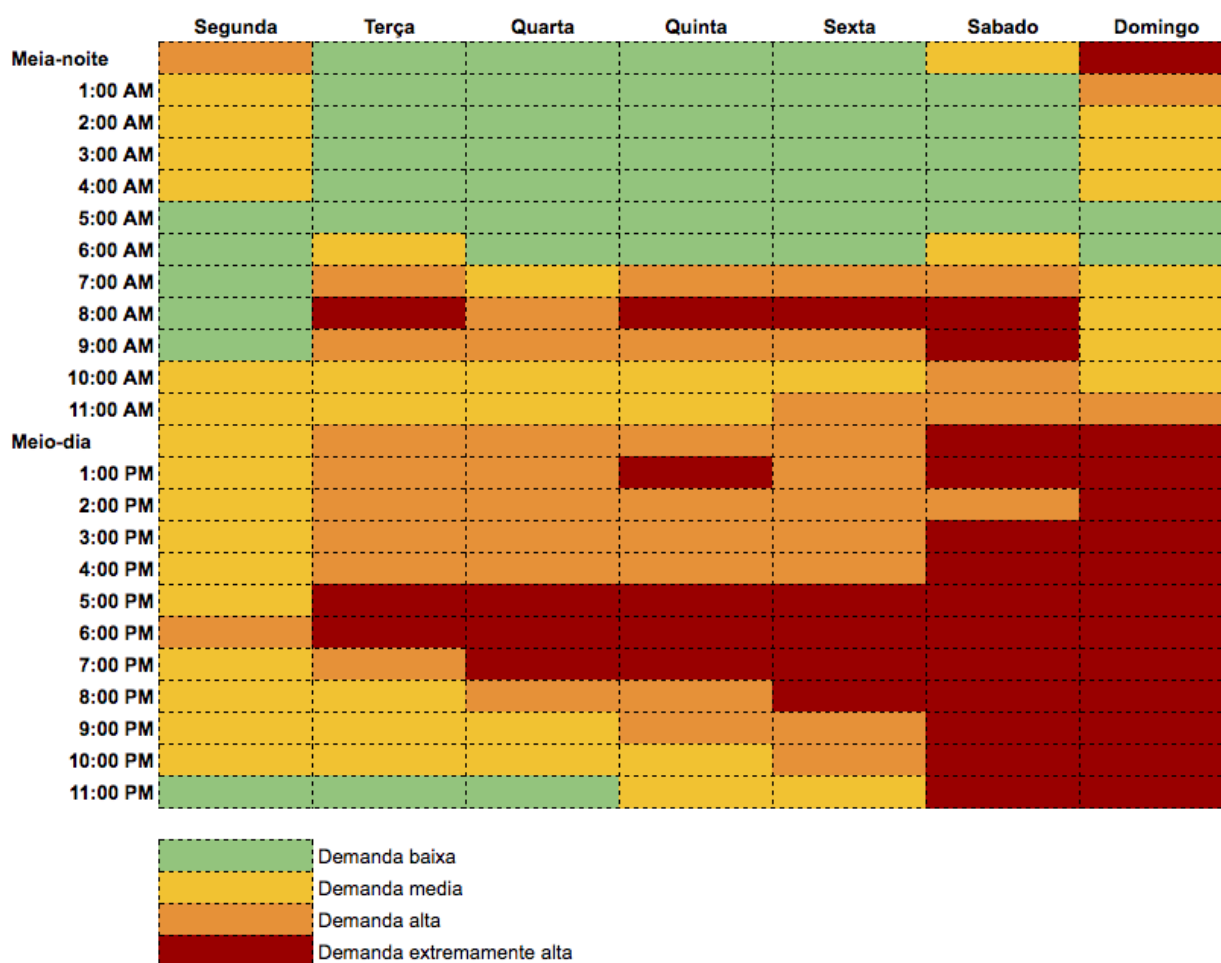
29 LASH, Scott. **Critique of information**. Primeira edição. London: SAGE Publication, 2002, p. 02.

III. A produção e circulação de produtos, bens e serviços digitais;

IV. O conhecimento apurado e sistemático do território e dos seus usos, permitindo a atualização instantânea da ação.

Empiricamente, a pesquisa apenas se inicia e parte do trabalho visa a análise das informações divulgadas aos chamados “Motoristas Parceiros”, como instrumento analítico de compreensão do funcionamento da empresa. Há um conhecimento detalhado dos lugares de atuação e a produção de mapas de demanda que revelam as áreas onde há maior número de solicitação de viagens. Além disso, os dias da semana são divididos por horas de acordo com quatro categorias de demanda: baixa, média, alta e extremamente alta. A empresa fornece aos motoristas simulações e comparações sobre o tempo de permanência *on-line* (não se fala em tempo de trabalho) e difunde a ideia de que a rentabilidade do motorista depende da sua capacidade de escolha racional dos horários e locais com maior demanda. Nessa direção é interessante observar que o tempo diário usado como padrão pela empresa nas simulações enviadas aos motoristas é de 10 horas diárias. Em Belo Horizonte, de acordo com a Imagem 01, temos um quadro de demandas fornecido pela empresa aos motoristas (ref. outubro de 2016).

Imagem 01 – Belo Horizonte: Quadro semanal de demanda de viagens (10/2016).



Fonte: material obtido durante a realização de entrevista.

Os horários com demanda alta e extremamente alta no município de Belo Horizonte concentram-se em períodos específicos do dia, e particularmente às sextas-feiras, sábados e domingos. Quanto à concentração geográfica da demanda, ela ocorre



na região Centro-Sul do município, especialmente na área delimitada pela Avenida do Contorno, o anel viário projetado juntamente com a fundação da capital e atualmente um objeto geográfico divisor das dinâmicas citadinas no que diz respeito à moradia, empregos, lazer e concentração de renda.

Nessa direção, é importante registrar que, entre as principais críticas ouvidas de motoristas Uber, são constantes as longas jornadas de trabalho, que chegam a 15 horas diárias<sup>30</sup>. Como a política da empresa não pressupõe limite ao número de motoristas, sua oferta se sobrepõe à demanda. Logo, os mapas e tabelas de horário não são dedicados, de fato, aos ganhos do motorista, mas à eficiência da empresa em manter-se hegemônica no mercado. Como a porcentagem que lhe cabe é baseada nas viagens realizadas, o grande número de motoristas não interfere nos seus lucros, embora diminua os rendimentos de cada um deles.

O motorista, por sua vez, recebe a tabela e o mapa com os horários e lugares de maior demanda, mas não possui acesso à totalidade das informações. Assim, se os motoristas optam por seguir essas orientações, a oferta deles cresce e o número de viagens de cada um tende a diminuir. O “motorista parceiro” não difere, nesse sentido, de um funcionário qualquer, isto é, o seu conhecimento sobre a ação da empresa no mercado e sua capacidade de ação nela são mínimas ou nulas.

Nas entrevistas com motoristas Uber até agora realizadas, há constantemente a referência a uma concorrência entre eles próprios. Para evitar os custos e desgastes de circular com o carro o tempo todo, muitos motoristas estacionam seus veículos ao terminar uma viagem. Nesse momento, usando o aplicativo como se fossem passageiros, burlam as normas da empresa e conseguem visualizar a quantidade de motoristas que está no entorno. Como as demandas são concentradas, os motoristas, igualmente, concentram-se. Logo, a racionalidade econômica exigida do motorista pela empresa (gestão ótima do tempo e do espaço para expansão da sua rentabilidade) se transforma em concorrência. Ao final, um dado obtuso é decisivo nessas situações: o motorista com os movimentos mais rápidos é o exitoso em aceitar o próximo passageiro.

Outra tropicalização da Uber diz respeito à substituição do aplicativo pelas relações de conhecimento, pessoalidade e vizinhança características do circuito inferior da economia urbana. Motoristas entregam um cartão profissional aos passageiros e oferecem um serviço personalizado: o passageiro liga para o motorista e, quando entrar no carro, o passageiro ativa o aplicativo da Uber e o motorista, por ser o mais próximo, aceita a corrida. Essa adaptação burla a organização algorítmica da empresa, que pressupõe que o *software* distribua a demanda numa distância programada e isenta de pessoalidade. De forma semelhante, motoristas se oferecem, durante uma viagem pela Uber, para viagens agendadas sem o uso do aplicativo e com preço combinado entre ele e o passageiro.

Em relação à política territorial da empresa, outro elemento que se tem observado é a mudança sistemática dos padrões técnicos e organizacionais de funcionamento. Assim, em cada município, existe a oferta de serviços distintos. Em São Paulo, a empresa implementou, após o Decreto<sup>31</sup> que regulamenta sua atividade, um sistema de compar-

---

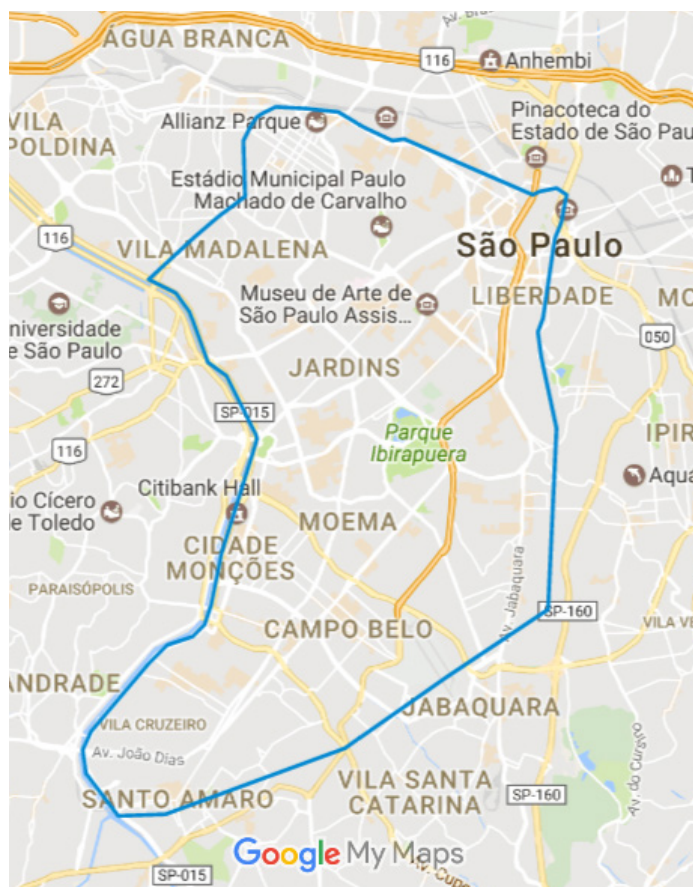
30 Informação obtida a partir de entrevistas com motoristas Uber entre março e setembro de 2016.

31 SÃO PAULO, Prefeitura Municipal. Decreto nº 56981 de 10/05/2016. **Diário Oficial do Município**. São Paulo, 11 maio 2016. Disponível em: [http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios\\_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=11052016D%20569810000](http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=11052016D%20569810000). Acesso em 15/10/2016.



tilhamento de veículos (uberPOOL). Para uma área selecionada da cidade, a empresa propõe um preço fixo de R\$ 6 nos deslocamentos em veículos compartilhados, conforme a Imagem 02<sup>32</sup>.

Imagem 02 – São Paulo: Área de vigilância do serviço UberPOOL (2016)



Fonte: Uber. Disponível em: <https://newsroom.uber.com/brazil/apresentamos-o-preco-fixo-de-r6-no-uberpool/>. Acesso em 29/11/2016.

A área no qual o serviço é oferecido possui como limites o Centro e as zonas Oeste e Sul da cidade, onde se concentram não apenas bairros de alta ocupação e renda, mas, também, as principais linhas e estações do Metrô e trens metropolitanos, bem como linhas e corredores de ônibus. Logo, a empresa cria a oferta de um serviço que replica a lógica de concentração de infraestruturas de transporte na cidade. Essa situação revela empiricamente a impossibilidade de um controle estatal das ações da empresa, incluindo as rotas e mesmo o preço cobrado, menor do que a tarifa paga em uma viagem que inclua a conexão entre ônibus e metrô ou trem.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: TÉCNICA E TECNICISMO E O ESPAÇO COMO TOTALIDADE

Por se tratar de uma pesquisa ainda em seu início, buscou-se, nessas considerações, apontar algumas questões teórico-metodológicas que julgamos centrais a serem consideradas nos estudos sobre a Uber e outras empresas da economia de compartilhamento no ramo do transporte, em particular, e questões gerais relativas às dimensões

32 De acordo com informações da página Internet da empresa, o preço fixo e a área em questão são por tempo e horários determinados (31/08/2016 a 16/10/2016), revelando que a experiência é uma forma da empresa colher informações estratégicas sobre o uso do sistema para aprimorar o seu funcionamento. O sistema de compartilhamento de veículos a preços variáveis pode ser utilizado em toda a cidade. Entretanto, expirado o tempo de experiência, a opção ainda se mantém.

geográficas das empresas baseadas em informações estratégicas.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que a divisão territorial do trabalho na sua escala internacional exige que sejam feitas leituras a partir das existências concretas (a economia, o espaço, a política, o direito, a cultura, as relações sociais) no Brasil. A inserção subalterna do país na globalização impede a adoção de explicações abstratas e entusiastas da inovação tecnológica. Assim, mesmo que se concorde com a tese de Veltz<sup>33</sup> a respeito de uma economia do conhecimento, é preciso considerá-la em relação à situação do país no conjunto das nações. O mesmo pode ser dito em relação às teses da economia do compartilhamento e da colaboração, como aquela defendida por Rifkin<sup>34</sup>.

Em segundo lugar, a criação de normas permissivas ou restritivas em relação às atividades dessas empresas é apenas um aspecto fenomênico da situação, que diz respeito ao fato de que a vida coletiva e o espaço possuem outras dimensões para além da jurídica. Assim, consideramos que os casos empíricos aqui trazidos (a Lei paulista, autorizando, e a Lei mineira, restringindo) ignoram, ambas, o fato de que as decisões sobre os deslocamentos coletivos estão sendo tomados por empresas privadas, particularmente estrangeiras.

Bruno Latour<sup>35</sup>, ao narrar a vida e a morte de Aramis<sup>36</sup>, mostra como os engenheiros, ao projetar um sistema de transporte, estariam, na verdade, decidindo as formas pelas quais as pessoas se deslocariam e viveriam. Assim, o autor dá novo significado à aparente separação de tarefas entre a função do técnico e a do humanista. Uma das grandes dificuldades de realização de Aramis eram os acoplamentos e desacoplamentos automatizados, efetivados a partir de sensores de distância. Todavia, se Aramis nunca se realizou plenamente, as derivações (*spin-off*) decorrentes das pesquisas a ele ligadas foram inúmeras. Logo, a morte de Aramis, conclui o autor, não foi em vão.

Com essa ponderação, ressalta-se que a técnica em si não é objeto de interesse da disciplina geográfica. O seu uso, sim. Como uso da técnica e uso do território não são, de fato, divergentes, o caminho aqui trilhado procurou vasculhar os agentes e seus usos: se para as empresas como Uber e Google a técnica é a concretude de uma estratégia global, para o motorista ela é um meio de trabalho sobre o qual sua capacidade de ação é mínima. Para os reguladores, a seu turno, ela é um elemento de desestabilização e envelhecimento dos quadros jurídicos. Para todos, todavia, as implicações da ação dessas empresas sobre o conjunto da economia urbana e da urbanização do território são ainda desconhecidas. Da mesma forma, não se buscou, aqui, nenhum exercício de futurologia: as decisões sobre as formas de deslocamento não serão exclusivas à uma empresa, assim como nunca foram, no Brasil, prerrogativa exclusiva do Estado, haja vista, como mencionamos, as formas locais de satisfação das necessidades de transporte.

---

33 VELTZ, Pierre. Un nouveau paradigme ? Essai de conclusion à deux voix. In: PARIS, Thomas; VELTZ, Pierre (dir.). **L'économie de la connaissance et ses territoires**. Paris : Hermann, 2010, p. 299.

34 RIFKIN, Jeremy. **La nouvelle société du coût marginal zero. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme**. Paris: Les Liens qui Libèrent, 2014, p. 41.

35 LATOUR, Bruno. **ARAMIS ou l'amour des techniques**. 1ª edição. Paris : Édition la Découverte, 1993, p. 11 e seguintes.

36 Aramis é a sigla para *Agencement en rames automatisées de modules indépendants en stations* (Agenciamento em Ramos Automatizados de Módulos Independentes em Estações), um transporte rápido personalizado (PRT), um híbrido que contemplasse tanto a flexibilidade dos carros individuais como as vantagens do transporte em comum sobre trilhos. Foi desenvolvido durante os anos 1970 e 1980 por meio de uma parceria entre a agência pública de transportes (RATP) com a empresa privada MATRA. Ele deveria funcionar de forma totalmente automática, incluindo as acoplagens e desacoplagens entre os carros. Após anos de avanço nas pesquisas e um futuro promissor, ARAMIS é abandonado, conforme narra Bruno Latour ( *ibidem*).

É preciso, portanto, estar atento ao movimento da totalidade dos agentes sociais e dos objetos técnicos. Qualquer escolha, por qualquer um entre os humanos e inumanos envolvidos, significará riscos graves ao conhecimento das mudanças em curso. Evitar-se-ia, assim, o deslumbramento com a técnica, especialmente aquela que, gestada em uma realidade diferente daquela da formação socioespacial brasileira, não poderia responder, portanto, às necessidades de seus lugares. A certo epidêmico *elogio da velocidade*, que confunde novidade com avanço, Santos<sup>37</sup> propõe que se pense no *elogio da lentidão*, dado pela fricção da inovação com o território:

Essa velocidade exacerbada, própria a uma minoria, não tem e nem busca sentido. Serve à competitividade desabrida, coisa que ninguém sabe para o que realmente serve, de um ponto de vista moral ou social. Fruto das necessidades empresariais de apenas um punhado de firmas, tal velocidade põe-se a serviço da política de tais empresas. E estas arrastam a política dos Estados e das instituições supranacionais. E aí se situa a matriz de um grave equívoco. Porque, vista historicamente, a técnica não é um absoluto. Aliás, em seu estado absoluto, a técnica jamais foi realizada<sup>38</sup>.

Portanto, conclui o autor, a velocidade da modernização não é um dado da técnica, mas da política. Isso significa que, historicamente, os agentes mais velozes (e mais poderosos) sempre foram, dialeticamente, limitados nas disputas tecnológicas. Outro aspecto fundamental, para o autor, seria o fortalecimento da cidadania no país. A cidadania seria a forma, tanto individual, quanto social e política de limitação, inclusive moral, à busca desenfreada da velocidade em si mesma. Ora, os problemas de deslocamentos no Brasil não são devidos apenas à carência de tecnologias, aplicativos, *smartphones*, são um déficit histórico de cidadania. De forma empírica, já levantamos argumentos que comprovam essa tese, haja vista que em São Paulo e Belo Horizonte o aplicativo Uber reforça a concentração de serviços públicos e privados, renda e meios de transporte. Não há, portanto, diminuição, mas adição de desigualdades a partir das decisões da empresa.

Outro elemento fundamental para a compreensão da relação entre a empresa global Uber e o território nacional reside no fato de que em uma sociedade na qual os proibitivismos motivados pela ilegalidade configuram a regra, a pressão da empresa defendendo sua legitimidade e legalidade merece destaque. Como já discutimos anteriormente<sup>39</sup>, no Brasil, ilegalidade e informalidade são associadas à criminalização da pobreza. Pensemos em um caso concreto: enquanto o motorista Uber é normalmente visto como um “empreendedor”, “alguém que quer trabalhar e tem o direito de fazê-lo” o camelô ou o ambulante tende a ser um criminoso, um ocupante ilegal do espaço público (que ele privatiza), um “vagabundo que sonega impostos”.

Essa análise não é residual, mas de fundo. A capacidade de convencimento de uma empresa global como a Uber fez com que em poucos meses os mais ricos municípios do país tenham aprovado leis que regulamentam a sua atividade, mesmo que o entendimento jurídico sobre o tema não esteja pacificado. Nos casos em que foi proibida, liminares em instâncias superiores rapidamente autorizaram a empresa, contrariando, portanto, os poderes municipais. Para continuarmos analisando as cidades que há pouco mencionamos, São Paulo e Belo Horizonte, nelas os trabalhadores do comércio

---

37 SANTOS, Milton. *Elogio da lentidão*. In: SANTOS, Milton. **O país distorcido. O Brasil, a globalização e a cidadania**. São Paulo: Publifolha, 2002 [2001], p. 163.

38 *Ibidem*.

39 TOZI, Fábio. **Rigidez normativa e flexibilidade tropical. Investigando os objetos técnicos no período da globalização**. 2012. 262 páginas. Tese (doutorado em Geografia), USP, São Paulo, p. 173.

popular de rua tiveram (e têm) que lutar durante anos para terem direitos mínimos assegurados. As remoções para camelódromos, as apreensões de mercadorias, processos e prisões ainda são comuns. Assim, cabe apresentar, agora ao final do texto, a indagação que, de fato, o norteia desde o princípio: quem tem o direito de usar o território?

Em relação à urbanização do território, e no que tange aos fluxos e, consequentemente, aos congestionamentos, não há justificativas suficientes em favor de empresas como a Uber: a substituição de uma tecnologia, sem a modificação nas formas de deslocamento teria resultados insignificantes. Os problemas de congestionamento não se dão pela possível incapacidade humana de operar máquinas ou ocupar da forma mais ótima os espaços a elas destinadas. A questão se fundamenta, no caso brasileiro, em três elementos centrais:

- I. Os processos de periferização, que impõem deslocamentos causados pelo distanciamento entre locais de trabalho e de moradia;
- II. A insuficiência (qualitativa e quantitativa) das redes de transporte de diferentes idades em todas as suas configurações e capacidades (ônibus, trens metropolitanos, regionais ou de longas distâncias, ciclovias, sistemas fluviais), o que implica no incentivo ao uso do carro pessoal;
- III. A tendência à fragmentação socioespacial de atividades, serviços, instituições.

Logo, a proliferação de veículos particulares compartilhados e mesmo a substituição dos modelos atuais, humano-conduzidos, por modelos autômatos não eliminaria os fundamentos geradores do problema.

Outro ponto central são as mudanças nas relações socioespaciais. Para além do tensionamento em relação aos taxistas, a Uber impõe novas normas à vida coletiva e novos condicionamentos para os deslocamentos, influenciando, ao final, a própria forma de urbanização. Se as concessões dos transportes em comum sempre tiraram do Estado parte do poder organizador do território, a Uber e similares assumem, sem grandes constrangimentos, o funcionamento de transportes híbridos entre a esfera pública e a privada. O número de veículos, de motoristas, de passageiros, a tarifa e os percursos são decisões corporativas distantes de qualquer controle público que já tenha sido instituído.

Finalmente, uma reflexão voltada ao sentido próprio das palavras: não pode haver um veículo, ou qualquer outro objeto técnico, de fato autônomo. A uma autonomia em relação ao usuário, sobrepõe-se uma dependência, altamente centralizada, em relação à corporação. A essa centralização, um exercício híbrido entre tecnologia, poder e dinheiro, deve-se acrescentar uma dependência mútua dos objetos uns em relação aos outros. A sociedade depara-se, uma vez mais, com um caixa de Pandora: irresistível, porém seus segredos, uma vez desvendados, podem revelar-se assustadores.

## 6. REFERÊNCIAS

BIPLAN, Pierre. L'espéranto des affaires, 2004. **Hérodote**, 4 N°115.

CHEN, Liyan, At \$68 billion valuation, Uber will be bigger than GM, Ford, and Honda. 2016. **Forbes**. Disponível em: <http://www.forbes.com/sites/liyanchen/2015/12/04/at-68-billion-valuation-uber-will-be-bigger-than-gm-ford-and-honda/#396c47015858>. Acesso em 20/01/2016.

HÄGERSTRAND, Torsten. **Innovation Diffusion as a Spatial Process**. Chicago: The University of Chicago Press, 1967 [1953].

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001 [2000].

LASH, Scott. **Critique of information**. Primeira edição. London: SAGE Publication, 2002.

LATOURETTE, Bruno. **ARAMIS ou l'amour des techniques**. 1ª edição. Paris: Édition la Découverte, 1993.

MOROZOV, Evgeny. Cheap cab ride? You must have missed Uber's true cost, 2016. **The Guardian**. 03/01/2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/comment-isfree/2016/jan/31/cheap-cab-ride-uber-true-cost-google-wealth-taxation>. Acesso em 01/03/2016.

POCHMANN, Márcio. A uberização leva à intensificação do trabalho e da competição entre os trabalhadores, 2016. Entrevista a André Antunes. **EPSJV/Fiocruz**. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-uberizacao-leva-a-intensificacao-do-trabalho-e-da-competicao-entre-os>. Acesso em 21/11/2016.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Comarca de Belo Horizonte. 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. **Mandado de segurança coletivo**. Processo: 5014923-75.2016.8.13.0024, Belo Horizonte, 10 de março de 2016.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. Secretaria Municipal de Governo. **LEI N° 10.900**. Belo Horizonte, 08/01/2016.

PREFEITURA DE SÃO PAULO, Secretaria Executiva de Comunicação. **Prefeito acredita em solução intermediária para o Uber e defende estudos**, 2015. Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/6061/#ad-image-0>. Acesso em: 10/10/2016.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma Geografia do Poder**. 1ª edição. São Paulo: Ática, 1993 [1980].

RIFKIN, Jeremy. **La nouvelle société du coût marginal zero. L'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme**. Paris: Les Liens qui Libèrent, 2014.

SANTOS, Milton. Elogio da lentidão. In: SANTOS, Milton. **O país distorcido. O Brasil, a globalização e a cidadania**. 1ª edição. São Paulo: Publifolha, 2002 [2001].

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço. Técnica e tempo. Razão e emoção**. 1ª edição. São Paulo: Hucitec, 1996.

SANTOS, Milton. **O espaço dividido. Os dois circuitos da economia urbana dos países**



**subdesenvolvidos**. 2ª edição. São Paulo: Edusp, 2004 [1975].

SÃO PAULO, Prefeitura Municipal. Decreto nº 56981 de 10/05/2016. **Diário Oficial do Município**. São Paulo, 11 maio 2016. Disponível em: [http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios\\_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=11052016D%20569810000](http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=11052016D%20569810000). Acesso em 15/10/2016.

SILVA BERNARDES, Adriana Maria. **São Paulo, produção de informações e reorganização do território brasileiro**. 2001. Tese (Doutorado em Geografia), USP, São Paulo.

TOZI, Fábio. **Rigidez normativa e flexibilidade tropical. Investigando os objetos técnicos no período da globalização**. 2012. 262 páginas. Tese (doutorado em Geografia), USP, São Paulo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. **Mandado de segurança**. Processo: 5117005-87.2016.8.13.0024, Belo Horizonte, 12/09/2016.

UBER. **Sobre a lei 10.900/2016**, 2016. Disponível em <https://newsroom.uber.com/brazil/sobre-a-lei-10-9002016/>. Acesso em 08/09/2016.

UBER. **Pittsburgh, your Self-Driving Uber is arriving now**. 2016. Disponível em: <https://newsroom.uber.com/pittsburgh-self-driving-uber/>. Acesso em 04/11/2016.

UBER. **Pittsburgh, your Self-Driving Uber is arriving now**. 2016. Disponível em: <https://newsroom.uber.com/pittsburgh-self-driving-uber/>. Acesso em 04/11/2016.

VELTZ, Pierre. Un nouveau paradigme ? Essai de conclusion à deux voix. In : PARIS, Thomas; VELTZ, Pierre (dir.). **L'économie de la connaissance et ses territoires**. Paris: Hermann, 2010.





# BLOCKCHAIN: DOS CONCEITOS ÀS POSSÍVEIS APLICAÇÕES<sup>1</sup>

João Felipe Chagas Tavares<sup>2</sup>

Luiz Felipe Drummond Teixeira<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2008, Satoshi Nakamoto revelou o Bitcoin, uma moeda eletrônica *peer-to-peer*, que permite que pagamentos sejam feitos *online*, sem a participação de uma instituição financeira<sup>4</sup>. Com o tempo, apesar de o Bitcoin ainda não ser completamente popularizada, o olhar de muitos entusiastas se desvia para a tecnologia que o sustenta, cujo potencial disruptivo é enorme. A blockchain, ao possibilitar a criação de redes descentralizadas, poderia revolucionar uma série de setores. Seria o início de uma economia realmente sem intermediários? Imagine uma espécie de *Facebook* controlado pelos próprios usuários; um sistema de caronas compartilhadas sem qualquer intermediário como o *Uber*; ou, até mesmo, mercados dominados por comunidades nas quais o valor produzido é redistribuído de forma justa e transparente<sup>5</sup>.

Há quem diga, inclusive, que a revolução que seria proporcionada pela blockchain poderia ser algo jamais visto no curso da história humana. Animais como formigas, pássaros e peixes possuem a habilidade de se organizarem em sistemas altamente complexos, de forma a atingir realizações impressionantes<sup>6</sup>. Os humanos, ainda que consigam grandes feitos coletivos, como a construção de pirâmides e a domesticação e caça de grandes animais, nunca possuíram estruturas organizacionais tão complexas quanto as dos seres anteriormente citados<sup>7</sup>. Isso porque, durante todo o curso da história, o *Homo Sapiens* se organizou por meio de variações de uma mesma estrutura: um bando de indivíduos alfa competindo o tempo todo para controlar o trabalho dos demais, isto é, pelo poder<sup>8</sup>. Esse tipo de estrutura, mesmo que possa contribuir para o sucesso, é excessivamente dispendioso, visto que os esforços dos indivíduos que “perdem” são inutilizados quando o “vencedor” assume o poder<sup>9</sup>. Logo, é possível dizer que a competição cria um grande desperdício, que, em caso de cooperação, não existiria.

A blockchain seria a primeira vez na história em que os humanos se unem, de uma maneira tecnológica, para fazer algo em conjunto<sup>10</sup>, sem a presença de qualquer competição. Além disso, ela torna possível que as pessoas se coordenem sem o envolvimento de qualquer autoridade central, de forma que tal organização, criada pelo con-

---

1 Trabalho que se originou das discussões do Grupo de Estudos em Políticas Públicas da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG, coordenado pelo Professor Dr. Leandro Novais e Silva.

2 Bacharel em Direito pela UFMG. [jf.chagas.tavares@gmail.com](mailto:jf.chagas.tavares@gmail.com)

3 Bacharelado em Direito pela UFMG; [luizfelipedrummond@gmail.com](mailto:luizfelipedrummond@gmail.com)

4 NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Pág. 1.

5 FEDER, Julian. *From Competition to Cooperation*. 2016. Disponível em: <<https://magazine.backfeed.cc/from-competition-to-cooperation/>>. Acesso em: 12 out. 2016. Sem página.

6 *Idem*.

7 *Idem*.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 IN THE BEGINNING. S.L.: Stateless Media, 2016. Color. Série Trust Disrupted: Bitcoin and the Blockchain S1:E1. Série exclusiva do portal TechCrunch. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=m1sBurdHCNo>>. Acesso em: 10 dez. 2016. 2 min. 40 seg.

senso acerca da rede como um todo, não é imposta por qualquer entidade<sup>11</sup>. Portanto, tem o potencial de modificar de forma revolucionária o modo como os humanos se organizam, aproximando-o de mecanismos complexos como o de formigas, pássaros e peixes.

Por apresentar uma visão acadêmica acerca do tema, é importante deixar claro que se parte de um ponto de vista mais cético, menos entusiasmado e otimista que a maior parte das opiniões que circulam sobre o assunto<sup>12</sup>. Na próxima seção, a blockchain será descrita. Após, serão demonstrados alguns de seus possíveis usos e, por fim, a plausibilidade da adoção de algumas das estruturas descritas será discutida.

## 2. O QUE É BLOCKCHAIN?

Inicialmente, é necessário deixar claro o que é a blockchain, visto que se trata de um conceito nada fácil de ser explicado. Imagine um enorme caderno, cujo conteúdo é público e de livre acesso e no qual todas as transações que ocorrem no mundo são registradas<sup>13</sup>. O mais interessante é que tal caderno é escrito em conjunto, por meio do consenso, de forma que todos os usuários financeiros podem constantemente checar as informações anotadas<sup>14</sup>.

De forma simplificada, a blockchain seria esse caderno. Trata-se de um enorme banco de dados descentralizado e público, que, no caso do Bitcoin, monitora quem é dono de uma certa quantia de bitcoins<sup>15</sup>. As moedas são meros lançamentos na blockchain, ou seja, ter um bitcoin é meramente ter o direito de reivindicar uma informação lançada na blockchain<sup>16</sup>.

David S. Evans<sup>17</sup>, Professor da Universidade de Chicago, analisando a blockchain, no caso do Bitcoin, vê seis características marcantes que geralmente acompanham esse tipo de estrutura. Em primeiro lugar, elas dependem da Internet para que as transações ocorram. Além disso, elas utilizam um protocolo para receber, enviar e registrar valores – ou informações –, que se baseia num banco de dados público e descentralizado, que, com métodos criptográficos, protege os valores que são enviados e recebidos e providencia um registro público das transações. Há, ainda, uma estrutura de dados que é usada para representar valor dentro da blockchain, que, no caso do Bitcoin, é conhecida como “moeda”. Outro traço das plataformas descentralizadas é o esquema de incentivos ao trabalho, a partir de recompensas aos “mineradores”, indivíduos que protegem as transações da estrutura. A quinta característica é o uso de softwares de código aberto, o que permite que os usuários possam, além de usar, modificar o software subjacente à blockchain. Por fim, há um sistema de governança para determinar os princípios operadores da plataforma, adotar mudanças no protocolo e em outras características do software e para direcionar a evolução da plataforma.

---

11 FEDER, Julian. *Op. Cit.*

12 NARAYANAN, Arvind. **Bitcoin and Cryptocurrency Technologies**. Curso elaborado pela Universidade de Princeton no Coursera. 2016. Disponível em: <<https://www.coursera.org/learn/cryptocurrency>>. Acesso em: 2 jun. 2016. Aula 11 – Primeira parte.

13 IN THE BEGINNING. *Op. Cit.* 2 min. 01 seg.

14 *Idem.*

15 THE ECONOMIST (Ed.). **The next big thing: Or is it?**. 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/special-report/21650295-or-it-next-big-thing>>. Acesso em: 12 out. 2016. Sem página.

16 *Idem.*

17 EVANS, David S.. Economic Aspects of Bitcoin and Other Decentralized Public-Ledger Currency Platforms. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper** No. 685. 2014 Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2349&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2349&context=law_and_economics)>. Acesso em: 12 out. 2016. Págs. 3 e 4

Na blockchain, a cada transferência, parte de um novo bloco é adicionada à corrente<sup>18</sup>. Quando um grande número de computadores – os mineradores – autentica as transações, elas são aprovadas, de forma a se chegar em um consenso a respeito de como a última versão da Blockchain deve parecer<sup>19</sup>. Para isso, são verificados os históricos de transação, para que se determine se quem aliena suas moedas realmente as possui<sup>20</sup>. Em troca, os mineradores recebem bitcoins recém cunhados. Esse sistema previne que bitcoins sejam gastos mais de uma vez e, dado o poder do consenso, apenas alguém com no mínimo 51% da capacidade computacional dos mineradores seria capaz de provocar fraude e alterar o consenso para benefício próprio<sup>21</sup>.

A mineração é feita por meio de grande força computacional que trabalha para autenticar as transações. Dessa forma, hoje, as pessoas que conseguem minerar de forma lucrativa são aquelas que possuem acesso a *hardwares* e energia elétrica com um baixo custo. Essas condições são encontradas principalmente na China, razão pela qual o país é onde se encontram a maior parte dos mineradores, cerca de 2/3 a 3/4 dos mineradores do Bitcoin<sup>22</sup>. Além disso, muitos mineradores não trabalham dentro dos grandes centros chineses, mas em regiões afastadas das cidades, nas quais a energia é extremamente barata, de forma que eles não são facilmente encontrados<sup>23</sup>.

Como os mineradores se encontram descentralizados ao redor de inúmeros países, seria por demais oneroso tentar fraudar o sistema e, financeiramente, não valeria a pena tentar atingir tamanha força computacional. O sujeito que fosse realizar tal tarefa poderia lucrar mais se direcionasse tais gastos para a própria mineração, sendo recompensado com bitcoins por conta de seu trabalho.

Em geral, o comércio pela Internet se apoia, quase que de maneira exclusiva, em instituições financeiras funcionando como terceiros confiáveis, para processar os pagamentos eletrônicos<sup>24</sup>. Apesar de esse sistema funcionar bem na maioria das transações, há algumas fraquezas claras nos modelos que se baseiam na confiança. Isso porque, nesses sistemas, é impossível criar transações completamente irreversíveis, visto que as instituições financeiras não podem evitar a mediação de disputas<sup>25</sup>. Por conta disso, com transações reversíveis, a necessidade de confiança é maior, visto que os comerciantes devem ser mais cautelosos em relação aos seus clientes, exigindo uma quantidade maior de informação<sup>26</sup>. Além disso, uma porcentagem de fraude é aceitável como inevitável e, apesar de ser possível evitar tais custos com o uso de moeda física, não existiam mecanismos para a realização de pagamentos por meio de um canal de comunicações sem uma parte confiável<sup>27</sup>, antes do Bitcoin.

Por conta disso, Satoshi Nakamoto<sup>28</sup>, no artigo em que divulgou o Bitcoin, afirmou:

---

18 THE ECONOMIST (Ed.). **The next big thing: Or is it?** *Op. Cit.*

19 *Idem.*

20 *Idem.*

21 *Idem.*

22 MINES AND MINERS. S.I.: **Stateless Media**, 2016. Color. Série Trust Disrupted: Bitcoin and the Blockchain S1:E2. Série exclusiva do portal TechCrunch. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FtR06bIDxkE&t=5s>>. Acesso em: 10 dez. 2016. 2 min. 58 seg.

23 *Idem.*

24 NAKAMOTO, Satoshi. *Op. Cit.*

25 *Idem.*

26 *Idem.*

27 *Idem.*

28 *Idem.*

What is needed is an electronic payment system based on cryptographic proof instead of trust, allowing any two willing parties to transact directly with each other without the need for a trusted third party. Transactions that are computationally impractical to reverse would protect sellers from fraud, and routine escrow mechanisms could easily be implemented to protect buyers. In this paper, we propose a solution to the double-spending problem using a peer-to-peer distributed timestamp server to generate computational proof of the chronological order of transactions. The system is secure as long as honest nodes collectively control more CPU power than any cooperating group of attacker nodes<sup>29</sup>.

Por meio de tal sistema, a blockchain dá credibilidade à máquina e, numa estrutura sem intermediários, garante que as transações serão realizadas e reduzem a necessidade de confiança entre os agentes. É como se fosse uma “máquina para criar confiança”<sup>30</sup>, pois se, normalmente, o comerciante *online* exige uma série de informações do seu comprador, por conta da falta de confiança, com a Blockchain, os mineradores, com o consenso, atestam a veracidade das informações lá registradas e, assim, garantem a segurança da transação.

### 3. OS POSSÍVEIS USOS DA BLOCKCHAIN

Como ressaltado, a blockchain foi primeiramente divulgada como mecanismo subjacente ao Bitcoin, que possibilitava o funcionamento da moeda virtual. Nos últimos anos, o interesse em torno da blockchain vem aumentando para muito além dos setores financeiros. Há, inclusive, quem acredite que, no futuro, será por meio da blockchain que as organizações irão funcionar e a informação circular<sup>31</sup>. Nesse contexto, serão discutidos, nesta seção, alguns dos usos da blockchain que possuem grande potencial disruptivo.

#### 3.1. Coisas Puramente Digitais

De início, a Blockchain pode ser usada para coisas puramente digitais<sup>32</sup>. O armazenamento de arquivos na nuvem é um exemplo claro<sup>33</sup>. Como ele é feito hoje? Há um intermediário, por exemplo o Dropbox, que armazena os arquivos de todos os usuários de acordo com os planos escolhidos. Com a Blockchain, é possível descentralizar esse tipo de serviço, por meio, por exemplo, da Blockchain do Bitcoin, de modo que todos os computadores dos usuários podem armazenar arquivos e quanto mais o fazem, maior é o seu limite de armazenamento<sup>34</sup>.

É o caso do Storj<sup>35</sup>, que, utilizando a tecnologia da blockchain e protocolos *peer-to-peer*, disponibiliza um dos serviços mais seguros e eficientes de armazenamento em nuvem. O mecanismo pelo qual isso seria realizado envolve incentivos pagos para os

---

29 “O que é preciso é um sistema de pagamentos eletrônicos baseado em prova criptográfica em vez de confiança, permitindo que qualquer um negocie diretamente com outra parte interessada, sem a necessidade de um terceiro confiável. Transações, cuja reversão é impraticável computacionalmente, protegeriam os vendedores de fraudes e mecanismos de garantia poderiam facilmente ser implementados para proteger compradores. Neste artigo, propomos uma solução para o problema de gastos feitos repetidamente, utilizando um servidor *timestamp* distribuído *peer-to-peer* para gerar provas computacionais da ordem cronológica de transações. Esse sistema é seguro enquanto nós honestos controlem coletivamente maior poder de processamento que qualquer grupo de nós agressores. (Tradução dos Autores)”

30 THE ECONOMIST (Ed.). **The trust machine**. 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>>. Acesso em: 12 out. 2016. Sem página.

31 BLOCKCHAIN ON THE RISE. S.I.: **Stateless Media**, 2016. Color. Série Trust Disrupted: Bitcoin and the Blockchain S1:E4. Série exclusiva do portal TechCrunch. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=AllnjW\\_04Y0](https://www.youtube.com/watch?v=AllnjW_04Y0)>. Acesso em: 10 dez. 2016. 7 min.

32 NARAYANAN, Arvind. *Op. Cit.* Aula 11 – Terceira parte.

33 *Idem*.

34 *Idem*.

35 STORJ: **Decentralizing Cloud Storage**. [s.i]: **Storj**, 2014. Color. Disponível em: <<https://vimeo.com/102119715>>. Acesso em: 13 out. 2016. Sem página.

provedores de armazenamento, com informações registradas na blockchain acerca da integridade dos arquivos e dos locais onde eles se encontram armazenados<sup>36</sup>. A rede do Storj reconhece, coleta e distribui as recompensas, de forma que os usuários possam pagar por armazenamento e os provedores possam ser pagos<sup>37</sup>. Todos os dados são criptografados antes de o *upload* para a rede ocorrer. Em outras palavras, o *software* propõe um sistema de armazenamento descentralizado com grande potencial de disruptão para a indústria do armazenamento em nuvem, visto que diminui os custos para os usuários.

## 3.2. Coisas que Podem Ser Representadas Digitalmente

Por outro lado, também é possível utilizar a Blockchain para coisas que podem ser representadas digitalmente<sup>38</sup>. É o caso das moedas virtuais, como o Bitcoin, já descrito acima e, além disso, do Mercado de Ações. Recentemente, a NASDAQ, por exemplo, tornou acessível o uso de serviços baseados na Blockchain<sup>39</sup>. A tecnologia será utilizada para o gerenciamento de ações, que envolve gastos elevados e inúmeras pessoas que podem cometer erros<sup>40</sup>. Com a nova plataforma, chamada Linq, os livros contábeis distribuídos diminuem os custos do sistema, visto que não exigem tantas pessoas no trabalho de contabilidade e que há proteção por meio de verificações com marcação de data e hora, o que também torna o processo mais legítimo<sup>41</sup>.

Recentemente, o serviço iniciou um plano que estabelece votos por procuração, por meio da blockchain. Acerca dos livros contábeis distribuídos, o presidente da Nasdaq, Bob Greifeld, afirmou:

Estamos bastante encorajados pela procura inicial pela Nasdaq Linq por parte dessas empresas inovadoras e pioneiras, e a confirmação que ela representa de nossa aplicação da tecnologia bitcoin.

A aplicação do blockchain ao mercado privado é a inovação construída em cima da inovação e traz consigo a oportunidade de alterar para sempre o futuro da infraestrutura de serviços financeiros.<sup>42</sup>

A Nasdaq, para cumprir seus objetivos com a blockchain, utilizará as “moedas coloridas”, técnica em que unidades de Bitcoin são separadas do bloco e outros valores, como de ações, são adicionados a elas<sup>43</sup>. A tecnologia em questão, trazida pelo Bitcoin 2.0, expande o rol de possibilidades de uso da blockchain do Bitcoin, de forma que, com maior flexibilidade, há um considerável aumento do potencial disruptivo do sistema. Com as moedas coloridas, como dito, frações de bitcoins são “coloridas”, de forma a representar ativos digitais, que podem representar uma série de coisas, com centenas de usos potenciais<sup>44</sup>. O termo é aplicado para vários mecanismos utilizados para emitir

36 <https://bitcointalk.org/index.php?topic=555159.0>

37 *Idem.*

38 NARAYANAN, Arvind. *Op. Cit.* Aula 11 – Terceira parte.

39 CASTILLO, Michael del. Nasdaq Opens Blockchain Services to Global Exchange Partners. 2016. Disponível em: <<http://www.coindesk.com/nasdaqs-blockchain-services-global-exchange/>>. Acesso em: 13 out. 2016. Sem página.

40 BITCOIN NEWS (Org.). LINQ: A NOVA PLATAFORMA DE NEGOCIAÇÃO DA NASDAQ MOVIDA PELO BLOCKCHAIN. Disponível em: <<https://www.bitcoinnews.com.br/bitcoinbrasil/linq-a-nova-plataforma-de-negociacao-da-nasdaq-movida-pelo-blockchain/>>. Acesso em: 10 dez. 2016. Sem página.

41 *Idem.*

42 *Idem.*

43 ROSSIN, Giovana. **Nasdaq começa a fazer testes com tecnologia que serve de base para o Bitcoin.** 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/nasdaq-comeca-a-usar-blockchain-do-bitcoin-para-apoiar-empresas-que-quer-abrir/>>. Acesso em: 10 dez. 2016. Sem página.

44 COLORED COINS (Org.). **The Open Source Protocol for Creating Digital Assets On Bitcoin Blockchain.** Disponível em: <[https://docs.google.com/presentation/d/1geJOeTkIvrrIsZMBemJl-Iw5eYalG4w0ftIxsEVRp6lc/edit#slide=id.g90c1efafe\\_0\\_53](https://docs.google.com/presentation/d/1geJOeTkIvrrIsZMBemJl-Iw5eYalG4w0ftIxsEVRp6lc/edit#slide=id.g90c1efafe_0_53)>. Acesso em: 10 dez. 2016. Slide 8.



e rastrear Bitcoins em particular, utilizados para representar ativos como ações, títulos, propriedades inteligentes (que serão explicadas de forma mais detalhada na próxima subseção) ou, até mesmo outras moedas, como dólares ou libras esterlinas<sup>45</sup>.

A grande inovação trazida pelas “moedas coloridas” é a possibilidade de representar outros ativos, visto que Bitcoins só representam Bitcoins. Assim, tais ativos podem ser trocados facilmente na blockchain, como Bitcoins<sup>46</sup>. Qualquer um pode emitir suas próprias moedas coloridas e o emitente é responsável por definir o que elas representam, basta ter um aplicativo que reconheça “moedas coloridas”<sup>47</sup>.

### 3.3. *Smart Properties*

Imagine, agora, que o seu carro só é aberto com o uso de uma chave privada criptografada, que ativa a chave pública criptografada presente na fechadura da porta<sup>48</sup>. Uma estrutura semelhante pode ser pensada, inclusive, para a porta de residências. E, mais: as dificuldades existentes para romper tal estrutura geram custos enormes, de forma a gerar prejuízos para os que tentam burlar o sistema.

A chave pública é atualizada de forma dinâmica, com base na Blockchain do Bitcoin e corresponde a uma chave privada, cujo endereço resulta de transações na Blockchain. Com eventuais transferências, a chave pública se atualiza, de forma a ser ativada pela chave privada do novo proprietário. O mecanismo pelo qual isso aconteceria se baseia nas “moedas coloridas”, que, neste caso, representariam a propriedade do veículo ou, até mesmo, de um apartamento. Como a chave pública do carro se atualiza conforme a blockchain, as transações podem acontecer com cada parte em sua própria casa<sup>49</sup>.

A transação ocorre apenas na Blockchain e, para melhor segurança, pode ser feita de forma que uma única transação combine tanto o pagamento quanto a transferência da propriedade<sup>50</sup>. São as chamadas propriedades inteligentes (*smart properties*), que podem reduzir completamente os intermediários atualmente envolvidos na transferência de uma propriedade.

### 3.4. *Smart Contracts*

No exemplo acima, no caso das *Smart Properties*, algumas peculiaridades ficam claras no contrato de compra e venda realizado. Como a chave pública do carro é ativada por uma chave privada correspondente e se atualiza na Blockchain, as partes não precisam se conhecer e podem completar o contrato em suas próprias casas. Além disso, assim que as condições acordadas são atingidas, o contrato se autoexecuta e a segurança da transação é garantida pela blockchain. É impossível o sujeito receber o carro sem efetuar o pagamento, pois, sem as duas condições, não há contrato. Trata-se de um *smart contract*.

Os contratos inteligentes (*smart contracts*) são capazes de se autoexecutarem - por exemplo, ao liberar um pagamento assim que as condições necessárias sejam

---

45 COLORED COINS (Org.). **FAQ**. Disponível em: <<http://coloredcoins.org/inner-page-3-1/>>. Acesso em: 10 dez. 2016. Sem página.

46 *Idem*.

47 *Idem*.

48 NARAYANAN, Arvind. *Op. Cit.* Aula 11 – Primeira parte.

49 COLORED COINS (Org.). **The Open Source Protocol for Creating Digital Assets On Bitcoin Blockchain**. *Op. Cit.*

50 *Idem*.



atingidas - e de se autoverificarem, avaliando se as condições do contrato estão sendo cumpridas<sup>51</sup>. São extremamente resistentes a fraudes, pois são registrados e acontecem numa rede de computadores que está além da influência dos contratantes. O *Ethereum*, plataforma que utiliza Blockchain distinta da usada pelo Bitcoin, permite que qualquer usuário faça seus próprios contratos inteligentes<sup>52</sup>.

O termo *Smart Contract* é utilizado para descrever um código computacional capaz de facilitar, executar e forçar o cumprimento de um acordo, por meio da blockchain<sup>53</sup>. Todo o processo é automatizado e pode complementar os contratos já existentes, com o contrato inteligente registrado em linguagem computacional como um conjunto de instruções<sup>54</sup>. O principal objetivo de um contrato inteligente é possibilitar que duas partes anônimas troquem e façam negócios entre si, normalmente pela Internet, sem a necessidade de um intermediário<sup>55</sup>.

A origem do termo é muito anterior ao Bitcoin e remete aos anos 90, quando Nick Szabo, em 1993, referiu-se a programas de computador que podem executar contratos como *smart contracts*<sup>56</sup>. Szabo, originalmente, utilizou o exemplo de máquinas de refrigerantes para descrever um contrato inteligente, visto que tais máquinas são programadas para transferir a propriedade de um doce, por exemplo, quando uma certa quantia de dinheiro é recebida<sup>57</sup>.

O futuro dos contratos, provavelmente, envolverá um misto dos contratos feitos no papel com os modelos computacionais, nos quais os contratos são verificados pela blockchain para determinar a sua autenticidade<sup>58</sup>. Os contratos físicos tradicionais são, normalmente, criados por advogados, com linguagem jurídica; são impressos e dependem de terceiros para que o cumprimento seja obrigado<sup>59</sup>. Se as coisas derem errado, além disso, as partes vão ao Judiciário para remediar a situação, o que, além de custoso, gasta um tempo grande<sup>60</sup>. Os *smart contracts*, por sua vez, são normalmente criados por programadores, em meio completamente digital, e escritos por códigos como C++, Go, Python e Java<sup>61</sup>. Esse código define as regras e consequências, assim como um documento legal faria, estatuidando obrigações, benefícios e penalidades para as partes, conforme as circunstâncias<sup>62</sup>. Como ressaltado, esse contrato pode ser executado automaticamente pela blockchain.

O funcionamento dos *Smart Contracts*, passo a passo, pode ser explicado da seguinte maneira:

## 1. Codificando

Como os contratos inteligentes funcionam como programas de computador, é

---

51 Mais informações: <https://smartcontract.com/>

52 Mais informações: <https://www.ethereum.org/>

53 BLOCKCHAIN TECHNOLOGIES (Org.). **Smart Contracts Explained: The Ultimate Guide to Understanding Blockchain Smart Contracts**. Disponível em: <<http://www.blockchaintechnologies.com/blockchain-smart-contracts>>. Acesso em: 10 dez. 2016. Sem página.

54 *Idem*.

55 *Idem*.

56 *Idem*.

57 AIRD & BERLIS LLP. **Blockchain and Smart Contracts: The Future of Doing Business?** Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8128f5c4-5923-4981-9129-f0fe84ec57af>>. Acesso em: 10 dez. 2016. Sem página.

58 BLOCKCHAIN TECHNOLOGIES (Org.). *Op. Cit.*

59 *Idem*.

60 *Idem*.

61 *Idem*.

62 *Idem*.

extremamente importante que eles façam exatamente o que as partes desejarem<sup>63</sup>. O código se comporta de maneiras pré-definidas e não possui as nuances linguísticas dos idiomas humanos, de forma que ele automatiza a lógica “se x acontecer, y será a consequência” dos contratos tradicionais.<sup>64</sup>

## 2. A Blockchain

O código, agora, é criptografado e enviado para outros computadores por meio da blockchain, de forma semelhante ao que ocorre com atualizações da rede em transações de Bitcoin<sup>65</sup>.

## 3. Execução

Um dos computadores na rede da blockchain recebe o código e cada um chega a um acordo individual acerca dos resultados da execução do código<sup>66</sup>. A rede, então, atualiza os registros para constar a execução do contrato e, então, monitora para aferir a conformidade com os termos do *smart contract*<sup>67</sup>. Nesse tipo de sistema, fraudes são afastadas por conta de o controle da execução do contrato não ser possível, por não estar nas mãos de uma das partes individualmente<sup>68</sup>.

Os *smart contracts* podem ser utilizados em inúmeras áreas de aplicação. A indústria que mais pode se beneficiar pela tecnologia de contratos inteligentes baseados na blockchain é a indústria musical<sup>69</sup>. Nesse ramo, os músicos ou a gravadora costumam deter os direitos das músicas lançadas e recebem pagamentos todas as vezes em que a música é utilizada para propósitos comerciais<sup>70</sup>. O grande problema é saber quem possui os direitos e assegurar que os pagamentos estão sendo distribuídos de maneira correta<sup>71</sup>.

A blockchain poderia monitorar a titularidade dos direitos, deixando-os publicamente acessíveis para todos<sup>72</sup>. A transferência dos pagamentos de *royalties* se daria em tempo real e o *smart contract* asseguraria que toda vez que um pagamento fosse gerado para um dado trabalho, o dinheiro automaticamente seria transferido conforme combinado<sup>73</sup>.

## 3.5. Organizações Autônomas Descentralizadas

Imagine o seguinte exemplo descrito por Leandro Novais e Silva e Marcelo Madureira Prates, no texto “Estamos Preparados para uma Economia Sem Intermediários?”<sup>74</sup>:

É possível pensar em uma DAO para os sistemas punitivos mais simples, como multas por estacionamento irregular. Algo assim: as licenças dos carros na *blockchain*; câmeras espalhadas nas ruas transmitindo em tempo real (coisa que já existe); compra do rotativo pela Internet (também já em operação), com a licença

---

63 *Idem.*

64 *Idem.*

65 *Idem.*

66 *Idem.*

67 *Idem.*

68 *Idem.*

69 *Idem.*

70 *Idem.*

71 *Idem.*

72 *Idem.*

73 *Idem.*

74 SILVA, Leandro Novais e; PRATES, Marcelo Madureira. **Estamos preparados para uma economia sem intermediários?**

2016. Draft. Pág. 2..

para estacionar emitida diretamente pela DAO e guardada na *blockchain* junto com o registro do carro; supervisão em tempo real pelas câmeras; flagrante imediato e emissão da multa, também na *blockchain*; no futuro, até o bloqueio do carro de maneira remota, para casos de reincidência, será possível. Tudo o que é ação repetitiva, pública ou privada, poderia ser automatizada numa DAO.

O exemplo ilustra um dos maiores potenciais disruptivos gerados pela Blockchain: as Organizações Autônomas Descentralizadas (DAO – Decentralized Autonomous Organizations), estruturas organizadas e descentralizadas, que possuem regras definidas por um desenho inicial e que dependem do consenso, por meio do voto, entre os membros para eventuais alterações<sup>75</sup>. Em outras palavras, são como pessoas jurídicas que funcionam conforme um algoritmo pré-definido, de forma descentralizada.

Com o uso das Organizações Autônomas Descentralizadas, em conjunto com contratos inteligentes, internet das coisas e inteligência artificial, o grau de flexibilidade e a expansão das possibilidades de uso da blockchain é enorme. A DAO é comparável a uma companhia digital, feita por um código computacional e operada inteiramente por sua comunidade, que cresce conforme mais indivíduos compram *tokens* das DAO, dentro da rede<sup>76</sup>.

As DAO utilizam contratos inteligentes na blockchain do *Ethereum*, de forma que qualquer um, em qualquer lugar do mundo, pode participar<sup>77</sup>. Em troca da ajuda inicial, os participantes recebem *tokens* da organização, o que traz vários benefícios para eles<sup>78</sup>. Além disso, uma DAO faz propostas que são executadas pelos contratantes, conforme a natureza da organização, como a construção de produtos, serviços ou, até mesmo, atos de caridade<sup>79</sup>. A DAO pode cobrar de todos que estão fora dela e utilizam seus produtos ou serviços e essa receita tanto pode servir para a ampliação da companhia, quanto para ser redistribuída entre os participantes<sup>80</sup>. O que será feito nunca é determinado por um gerente central, mas votado entre os próprios participantes<sup>81</sup>.

O *Ethereum* disponibiliza para qualquer usuário a criação de uma DAO, com a possibilidade, inclusive, de se criar um Congresso democrático por meio dessa plataforma. Permitindo, em um primeiro momento, a criação de sua própria moeda digital e, depois, de contratos inteligentes de *crowdfunding*, o *Ethereum* disponibiliza meios para que uma DAO seja criada, com a vantagem de ser imune a influências externas e com a garantia de que apenas só seja executado o que foi programado anteriormente<sup>82</sup>. Com isso, é possível criar uma organização virtual, em que os membros votam as questões ou, até mesmo, o seu próprio país com uma constituição imutável e uma melhor democracia representativa.

Os tópicos a seguir mostram como é o funcionamento das DAO<sup>83</sup>, em resumo:

1. Uma proposta pode ser submetida a qualquer momento, por qualquer participante da DAO. A proposta definirá quanto será pago a um prestador de serviço, em troca do desenvolvimento dos produtos ou serviços. É esperado

---

75 *Idem.*

76 SLOCK (Org.). DAO. Disponível em: <<https://slock.it/dao.html>>. Acesso em: 11 dez. 2016. Sem página.

77 *Idem.*

78 *Idem.*

79 *Idem.*

80 *Idem.*

81 *Idem.*

82 Mais informações em: <<https://www.ethereum.org/>>.

83 SLOCK (Org.). *Op. Cit.*

que uma DAO se ocupe com várias propostas ao mesmo tempo.

2. Os participantes debatem e votam a proposta e o controlam a receita da DAO o tempo todo. Eles podem, até mesmo, escolher um novo prestador de serviço, por qualquer razão. Além disso, eles mantêm o direito de receber as recompensas da organização, ainda que escolham não mais continuar a participar.
3. Se a proposta é aceita, o trabalho começa. O prestador de serviço é impelido por um contrato inteligente irrefutável a realizar uma série de objetivo. Porque a proposta é paga em parcelas indefinidas, o prestador de serviços e a organização possuem uma relação mutualista.
4. A DAO pode cobrar de qualquer um que não participa, mas utiliza seus produtos e serviços. A receita potencial é enviada diretamente para a organização. A DAO, então, tem a opção de acumular tal receita para o seu próprio crescimento, ou direcioná-la aos participantes, como recompense.

## 4. O QUE A BLOCKCHAIN PODE FAZER HOJE?

Apesar das inúmeras possibilidades de inovação que a Blockchain pode trazer, deve-se ter os pés no chão quanto à extensão que seus efeitos podem atingir hoje. Pelo modo como muitos falam, parece que a existência da Blockchain torna prescindível até mesmo o Estado. A realidade, entretanto, é que se trata de tecnologia nova, que ainda não atingiu os seus patamares mais apurados de eficiência.

O Bitcoin, por exemplo, que é a forma mais antiga de uso da Blockchain, limita-se a apenas sete transações por segundo, enquanto um método de pagamento já estabelecido, como a Visa, comporta quase 2 mil transações por segundo<sup>84</sup>. Logo, um dos primeiros desafios para que a blockchain seja aplicada de forma mais ampla é resolver questões como a velocidade de transação e os limites de dados.

Além disso, como as moedas modernas sempre foram criadas e reguladas por Estados Nacionais, há um obstáculo regulatório na adoção da blockchain e do Bitcoin, visto que modificações no modo como a regulação ocorre atualmente seriam necessárias<sup>85</sup>. Empecilho diverso para a expansão da blockchain são os impactos ambientais, por meio da energia despendida com a mineração que seria aumentada<sup>86</sup>. 450 mil trilhões de soluções são tentadas por segundo pelas redes de mineradores, a fim de validar as transações, o que, evidentemente, utiliza um enorme gasto de força computacional<sup>87</sup>.

Numa outra vertente, embora já se tenha demonstrado a segurança do método de autenticação pelo consenso, eventualmente, ela pode gerar problemas, como na hipótese de um grande player do mercado criar verdadeiras “linhas de mineração” e, assim, dominar mais de 51% dos computadores disponíveis<sup>88</sup>. Ainda que isso seja improvável, por conta de os mineradores estarem espalhados por inúmeros lugares e

---

84 THE ECONOMIST (Ed.). **The great chain of being sure about things**. 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/briefing/21677228-technology-behind-bitcoin-lets-people-who-do-not-know-or-trust-each-other-build-dependable>>. Acesso em: 12 out. 2016. Sem página.

85 DELOITTE.COM (Org.). **Blockchain technology: 9 benefits & 7 challenges**. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/nl/nl/pages/innovatie/artikelen/blockchain-technology-9-benefits-and-7-challenges.html>>. Acesso em: 11 dez. 2016. Sem página.

86 THE ECONOMIST (Ed.). *The great chain of being sure about things*. *Op. Cit.*

87 DELOITTE.COM (Org.). *Op. Cit.*

88 THE ECONOMIST (Ed.). *The great chain of being sure about things*. *Op. Cit.*

de a força computacional necessária para isso ser excessivamente cara, como na China cerca de 2/3 dos mineradores do Bitcoin, há quem tema eventual coação estatal impede que a mineração seja feita livremente, impedindo a realização de algumas transações, quando não for interesse daquele Estado<sup>89</sup>. Ataques de hackers recentes, que trouxeram prejuízos enormes para os operadores de bitcoins, tornam tal debate ainda mais importante<sup>90</sup>.

A transição para a blockchain envolveria, ainda, uma série de adaptações por parte do mercado. As companhias devem ter uma estratégia bem definida para que haja sucesso<sup>91</sup>. Em muitas das possibilidades da blockchain, a ampliação do uso esbarra na dificuldade de trabalhar bem com os códigos. Talvez falte um *killer app*, para que a expansão se concretize, de forma a facilitar, por exemplo, a criação de DAO, *smart contracts* etc<sup>92</sup>.

Outra questão que ameaça a realização de uma verdadeira revolução descentralizada pela blockchain, é o interesse de *players* atuais do mercado nos mecanismos que ela disponibiliza. Ironicamente, provavelmente, a primeira indústria que implantará esse tipo de tecnologia é a financeira<sup>93</sup>. Logo, a tecnologia nascida do libertarianismo antigoverno poderia a vida dos bancos mais fácil.

Historiadores da indústria afirmam que novas tecnologias, normalmente, ficam disponíveis muito antes de os melhores usos para elas se desenvolverem<sup>94</sup>. Com os motores elétricos, por exemplo, décadas se passaram até que o setor industrial percebesse que vários motores elétricos poderiam reorganizar cada aspecto de como as coisas são feitas<sup>95</sup>.

Criptoanarquistas não estão nada animados com a ideia de sua tecnologia ser utilizada para reformas que beneficiariam os interesses dos bancos<sup>96</sup>. Alguns reclamam que o *Ripple, software* que quer possibilitar transações financeiras mundiais seguras, instantâneas e quase gratuitas, está pegando uma ideia com potenciais de inovação revolucionário e a utilizando para algo muito mais monótono<sup>97</sup>.

No entanto,

(...) if Ripple succeeds in bringing a critical mass of the banks onto its platform, it will have rendered a service similar to the people who turned a raft of disparate academic computer networks into a single internet in the 1990s. That is not to be scoffed at<sup>98</sup>.

Por fim, alguns problemas sociais de algumas áreas não são resolvidos pela Blockchain<sup>99</sup>. Pense no caso das propriedades inteligentes. Os principais problemas que

---

89 MINES AND MINERS. *Op. Cit.*

90 Vide: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/operadores-de-bitcoin-perdem-milhoes-com-ataque-de-hackers/>

91 DELOITTE.COM (Org.). *Op. Cit.*

92 THE ECONOMIST (Ed.). The great chain of being sure about things. *Op. Cit.*

93 *Idem.*

94 *Idem.*

95 *Idem.*

96 THE ECONOMIST (Ed.). The next big thing: Or is it? *Op. Cit.*

97 *Idem.*

98 *Idem.* "(...) se o Ripple conseguir trazer uma enorme quantidade de bancos para a sua plataforma, terá prestado um serviço semelhante às pessoas que transformaram uma série de redes de computadores acadêmicos em uma única internet na década de 1990. Isso não é para ser zombado." (tradução dos autores).

99 NARAYANAN, Arvind. *Op. Cit.* Aula 11 – Quarta parte.

ocorrem dizem respeito à segurança e à solução de conflitos<sup>100</sup>. Sem a atividade punitiva do Estado, a Blockchain, ainda que possa apresentar suas soluções para as transações, não seria tão eficiente<sup>101</sup>. O mesmo vale para a solução de conflitos. Portanto, pelo menos no atual estado, a Blockchain não parece ser capaz de solucionar muitos dos problemas sociais que perpassam as áreas que ela modifica.

Dessa forma, é provável que a melhor alternativa, atualmente, seja encontrar casos atraentes para a descentralização, por exemplo, onde há muita ineficiência e altos custos; tentar integrar na medida do possível com o sistema atual e, assim, atuar em conjunto<sup>102</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A blockchain pode proporcionar alterações profundas na própria forma em que os negócios acontecem, impactando desde o mercado de ações até transações menores, como a venda de carros. Trata-se da possibilidade de uma economia sem intermediários, na qual a confiança não mais é um elemento primordial. Pense numa espécie de Uber em que os motoristas negociam diretamente com os consumidores ou num Spotify que une músicos e ouvintes. Acrescentando contratos inteligentes e organizações autônomas descentralizadas nesse rol de possibilidades, tem-se um contexto em que até mesmo a forma como entidades são controladas se modificaria.

Seria, para alguns entusiastas, uma revolução de proporções jamais vistas no curso da história humana, com resultados que poderiam modificar profundamente a forma como os humanos se organizam. Na realidade atual, entretanto, como ressaltado, deve-se ter os pés no chão e ver como a blockchain realmente é, para assim, ter ciência de suas limitações. Ver a blockchain como uma panaceia pode, até mesmo, dificultar a exploração de suas inúmeras possibilidades.

A exploração dos usos da blockchain por *players* consolidados no mercado traz enormes preocupações para os entusiastas dessa tecnologia. Apesar de o objetivo dos criadores da blockchain poder ser deturpado por conta disso, não se pode subestimar os benefícios que poderiam advir da expansão do uso da tecnologia, ainda que não da forma prevista anteriormente. Como ressaltado, os melhores usos de uma tecnologia ainda não são conhecidos no momento em que ela é criada.

Diante disso, a alternativa que parece ser mais factível é a integração das plataformas descentralizadas com o sistema atual, principalmente nas áreas mais ineficientes e custosas. No Serviços Notarial e Registral, por exemplo, em que os papéis pululam e em que os custos burocráticos são grandes para os usuários, a tentativa de criar sistemas baseados na blockchain é uma alternativa viável e interessante, como vem sendo considerado em Honduras e na Grécia<sup>103</sup>.

---

100 *Idem.*

101 *Idem.*

102 *Idem.*

103 THE ECONOMIST (Ed.). **The great chain of being sure about things.** *Op. Cit.*



## 5. REFERÊNCIAS

AIRD & BERLIS LLP. **Blockchain and Smart Contracts: The Future of Doing Business?** Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8128f5c4-5923-4981-9129-f0fe84ec57af>>. Acesso em: 10 dez. 2016. Sem página.

BITCOIN NEWS (Org.). **LIHQ: A NOVA PLATAFORMA DE NEGOCIAÇÃO DA NASDAQ MOVIDA PELO BLOCKCHAIN.** Disponível em: <<https://www.bitcoinnews.com.br/bitcoinbrasil/lihq-a-nova-plataforma-de-negociao-da-nasdaq-movida-pelo-blockchain/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BLOCKCHAIN ON THE RISE. **S.I.: Stateless Media**, 2016. Color. Série Trust Disrupted: Bitcoin and the Blockchain S1:E4. Série exclusiva do portal TechCrunch. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=AllnjW\\_04Y0](https://www.youtube.com/watch?v=AllnjW_04Y0)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BLOCKCHAIN TECHNOLOGIES (Org.). **Smart Contracts Explained: The Ultimate Guide to Understanding Blockchain Smart Contracts.** Disponível em: <<http://www.blockchaintechnologies.com/blockchain-smart-contracts>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CASTILLO, Michael del. **Nasdaq Opens Blockchain Services to Global Exchange Partners.** 2016. Disponível em: <<http://www.coindesk.com/nasdaq-blockchain-services-global-exchange/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

COLORED COINS (Org.). **FAQ.** Disponível em: <<http://coloredcoins.org/inner-page-3-1/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **The Open Source Protocol for Creating Digital Assets On Bitcoin Blockchain.** Disponível em: <[https://docs.google.com/presentation/d/1geJOeTkIvrlsZMBem-Jl-lw5eYalG4w0ftlxsEVRp6lc/edit#slide=id.g90c1efafe\\_0\\_53](https://docs.google.com/presentation/d/1geJOeTkIvrlsZMBem-Jl-lw5eYalG4w0ftlxsEVRp6lc/edit#slide=id.g90c1efafe_0_53)>. Acesso em: 10 dez. 2016. Slide 8.

DELOITTE.COM (Org.). **Blockchain technology: 9 benefits & 7 challenges.** Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/nl/nl/pages/innovatie/artikelen/blockchain-technology-9-benefits-and-7-challenges.html>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

EVANS, David S.. **Economic Aspects of Bitcoin and Other Decentralized Public-Ledger Currency Platforms.** Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 685. 2014 Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2349&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2349&context=law_and_economics)>. Acesso em: 12 out. 2016.

FEDER, Julian. **From Competition to Cooperation.** 2016. Disponível em: <<https://magazine.backfeed.cc/from-competition-to-cooperation/>>. Acesso em: 12 out. 2016.

IN THE BEGINNING. **S.I.: Stateless Media**, 2016. Color. Série Trust Disrupted: Bitcoin and the Blockchain S1:E1. Série exclusiva do portal TechCrunch. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=m1sBurdHCNo>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MINES AND MINERS. **S.I.: Stateless Media**, 2016. Color. Série Trust Disrupted: Bitcoin and the Blockchain S1:E2. Série exclusiva do portal TechCrunch. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FtR06bIDxkE&t=5s>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.** 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

NARAYANAN, Arvind. **Bitcoin and Cryptocurrency Technologies**. Curso elaborado pela Universidade de Princeton no Coursera. 2016. Disponível em: <<https://www.coursera.org/learn/cryptocurrency>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

ROSSIN, Giovana. **Nasdaq começa a fazer testes com tecnologia que serve de base para o Bitcoin**. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/nasdaq-comeca-a-usar-blockchain-do-bitcoin-para-apoiar-empresas-que-quer-abrir/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

SILVA, Leandro Novais e; PRATES, Marcelo Madureira. **Estamos preparados para uma economia sem intermediários?** 2016. Draft.

SLOCK (Org.). **DAO**. Disponível em: <<https://slock.it/dao.html>>. Acesso em: 11 dez. 2016

STORJ, **Decentralizing Cloud Storage**. [s.i]: Storj, 2014. Color. Disponível em: <<https://vimeo.com/102119715>>. Acesso em: 13 out. 2016.

THE ECONOMIST (Ed.). **The great chain of being sure about things**. 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/briefing/21677228-technology-behind-bitcoin-lets-people-who-do-not-know-or-trust-each-other-build-dependable>>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **The next big thing: Or is it?**. 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/special-report/21650295-or-it-next-big-thing>>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **The trust machine**. 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>>. Acesso em: 12 out. 2016.



# ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO E NOVAS TECNOLOGIAS: O CONFRONTO ENTRE MODELOS DE NEGÓCIOS<sup>1</sup>

Tatiana Carneiro Resende<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A economia de compartilhamento, ou economia colaborativa (“*sharing economy*”, “*peer production*” para Yochai Benkler, “*Convergence Culture*” para Henry Jenkins ou “*collaborative-consumption*” para Rachel Botsman), cresceu significativamente nos últimos anos, aliada ao contexto da internet e das novas tecnologias. Utilizando-se principalmente das plataformas digitais<sup>3</sup> e aplicativos de *smartphones*, a economia de compartilhamento se propõe a conectar pessoas e, então, facilitar a troca entre elas, como dispõe Yochai Benkler<sup>4</sup>:

[...] o ambiente de rede torna possível uma nova modalidade de organização-produção: radicalmente descentralizada, colaborativa, e não proprietária; com base na partilha de recursos e bens amplamente distribuídos, conecta frouxamente os indivíduos, que cooperam uns com os outros, sem depender de sinais de mercado ou comandos gerenciais. Isso é o que eu chamo de *commons-based peer production* (tradução nossa<sup>5</sup>).

Definir a economia de compartilhamento como um único modelo é, porém, tarefa altamente desafiadora no contexto atual, tendo em vista concepções distintas utilizadas para expressar diferentes modalidades de compartilhar, a depender da ideologia adotada. A grande polêmica está no uso do termo para designar atividades de cunho essencialmente monetizado e empresarial, que além de objetivar o lucro, aproximam-se do modelo de mercado tradicional.

Apesar disso, há alguns pontos de convergência entre os diferentes modelos de economia de compartilhamento, como o uso de novas tecnologias, a diminuição de intermediários e a autorregulação, por exemplo. Como forma de atuação, pode-se dizer que a economia de compartilhamento trabalha com a otimização de bens e serviços a partir do uso dos seus excedentes ou capacidade ociosa, de forma não proprietária e esporádica.

Os bens compartilhados são inúmeros, podendo ser materiais ou imateriais,

---

1 Este artigo é fruto da Monografia de final de curso da autora, defendida em julho de 2016, sob orientação do Professor Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido e do Msc. Lucas Costa dos Anjos, para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Possui Certificado em Direito Francês pela *Université Pierre Mendès-France*, em Grenoble, França. Membro do Grupo de Estudos Internacionais de Propriedade Intelectual, Internet e Inovação. Advogada no Carneiro, Santos e Miranda Advogados. E-mail: tatiana@carneirosantosmiranda.com.

3 As plataformas digitais são softwares que se utilizam da tecnologia para fornecer e gerenciar aquilo a que se propõem. É o sistema que permite a criação e a disponibilização na internet. As plataformas de compartilhamento são uma das modalidades de plataformas digitais identificáveis, não se confundindo com elas. Enquanto a economia de compartilhamento é uma noção técnica que diz respeito ao domínio da economia, as plataformas digitais são os meios comumente utilizados por ela para realizar as trocas com amplitude e segurança.

4 BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: how social production transforms markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006, p.60.

5 Tradução livre do trecho: “the networked environment makes possible a new modality of organizing production: radically decentralized, collaborative, and nonproprietary; based on sharing resources and outputs among widely distributed, loosely connected individuals who cooperate with each other without relying on either market signals or managerial commands. This is what I call “commons-based peer production”.

bastando que alguém tenha o interesse em compartilhá-lo e outra (s) pessoa (s) em obtê-lo, a qualquer título. Diferentemente da visão de mercado tradicional baseada em remunerações, no modelo de economia de compartilhamento é possível que o recurso compartilhado sequer tenha valor econômico.

Não é difícil perceber que a implementação da economia de compartilhamento pode gerar alguns transtornos no campo jurídico, tendo em vista sua característica disruptiva<sup>6</sup>. O sistema legal em vigor mostra-se, muitas vezes, inadequado para regulá-la e para resolver eventuais conflitos gerados sob sua lógica. Esse cenário, somado à capacidade de autorregulação do modelo, tem levantado discussões a respeito da necessidade da presença do Estado regulador, mesmo na prestação de serviços que são por ele considerados como de interesse público ou essencial.

Este trabalho busca discutir o modelo de economia de compartilhamento a partir de suas principais características e definições, do estudo de seus possíveis efeitos, diante da ordem estruturada pela Constituição de 1988. Pretende-se, com isso, analisar criticamente a economia de compartilhamento, bem como seu lugar no âmbito das inovações tecnológicas, dentro de um recorte permeado pelo Direito.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. CONTEXTO HISTÓRICO

A Economia de Compartilhamento tem revolucionado o mercado econômico mundial nos últimos anos, principalmente após a crise financeira de 2008. A recessão em escala mundial tornou necessária a utilização mais prudente dos recursos, abrindo caminho para um consumo mais sóbrio e econômico. Isso porque, com o aumento do desemprego e a diminuição do poder de compra do consumidor, os indivíduos tornam-se mais cautelosos e, ao mesmo tempo, tendem a buscar formas alternativas de obtenção de renda.

Soma-se a isso, ainda, o crescimento da consciência ecológica, que prega a otimização e reutilização dos recursos. À medida que simples medidas de melhoramento na produção mundial mostraram-se ecologicamente ineficazes diante das degradações que já ocorreram, tornou-se necessário repensar o consumo mundial como meio de alcançar a sustentabilidade.

É nesse contexto de crise econômica, consumidores mais cautelosos, insatisfação com o modelo de consumo tradicional e demanda crescente por meios sustentáveis que a economia de compartilhamento ganhou força, conquistando tanto os espaços até então inocuados - a partir da criação de modalidades de bens e serviços inovadores - quanto aqueles já tradicionalmente ocupados do mercado.

O fenômeno tem movimentado grandes valores no âmbito mundial, apresentando um crescimento exponencial nos últimos anos. Conforme dados da *Federal Trade Commission*, a Economia de Compartilhamento movimentou, no ano de 2013, 26

---

6 “By disruptive, it is meant that they are likely to force some more inefficient, incumbent industries out of business. This is Joseph Schumpeter’s gale of creative destruction – the economy is under a continual ‘process of industrial mutation that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one.’ Creative destruction is the basis of a capitalist, free market economy, yet it presents some regulatory challenges.” (ALLEN, Darcy; BERG, Chris. *The Sharing Economy: how over regulation could destroy an economic revolution*. Institute of Public Affairs, 2014, p. 27).

bilhões de dólares no mercado mundial, com estimativa de atingir o montante de 110 bilhões anuais, no futuro<sup>7</sup>. Segundo Michelle Regner, em seu artigo intitulado *“How the world’s biggest brands came to love the sharing economy”*<sup>8</sup> os valores movimentados pela economia de compartilhamento já ultrapassam 110 bilhões de dólares e continuam em crescimento.

Os números demonstram, para alguns, que a economia de compartilhamento tem não só conquistado cada vez mais espaço, como também tem permanecido naquelas por ela criados, mostrando relativa eficiência e aceitação pela sociedade, tratando-se não apenas de um movimento passageiro, mas de uma tendência que tem produzido uma nova perspectiva de consumo na sociedade atual. Assim afirma Patrick Marshall<sup>9</sup>:

As tecnologias que definem a economia de compartilhamento – as aplicações possibilitadas pela internet que permitem que os consumidores se conectem diretamente aos serviços disponibilizados – claramente não vão desaparecer. “Eu acho que este é o começo das questões de segunda ordem da economia compartilhada”, diz Koopman, do *Mercatus Center*. “As questões de primeira ordem eram se a economia de compartilhamento deveria ou não existir. Esse debate está liquidado. A economia compartilhando está aqui para ficar. Agora vem a segunda onda de questões para as empresas de economia de compartilhamento: Como os reguladores vão tratá-las?” (tradução nossa<sup>10</sup>).

Para outros, porém, a inevitabilidade do modelo não é tão clara, assim como a qualidade de seus efeitos. A criação de mercados irregulados, as fugas de custos fiscais e trabalhistas, a nebulosidade contratual, entre outros efeitos notados pelas sociedades onde esse modelo tem adentrado tem provocado discussões a respeito dos benefícios e malefícios sociais, jurídicos e econômicos por ele causados.

## 2.2 POSSÍVEIS DEFINIÇÕES

Apesar do crescimento alcançado pelo modelo, o termo “economia de compartilhamento”, ainda não é largamente conhecido e compreendido, muito em razão da dificuldade em estabelecer uma definição unânime. Isso porque o mesmo termo tem sido utilizado por pessoas diversas, com intenções diversas, tendo como base concepções amplamente distintas a respeito da ideia de compartilhar.

Tomando como base tudo aquilo que hoje é chamado de economia de compartilhamento, o termo “compartilhar” possui um sem número de acepções, podendo ser interpretado como alugar, emprestar, dar, vender, trocar, etc. Nesse sentido dispôs Juliet Schor, em seu artigo *“Debating the sharing economy”*<sup>11</sup>:

---

7 Tradução livre do trecho: “Sharing economy transactions have increased rapidly in recent years, reaching an estimated value of \$26 billion globally in 2013, and some estimates predict that the sharing economy will generate as much as \$110 billion annually in the near future”. Federal Trade Commission. **FTC To Examine Competition, Consumer Protection, and Economic Issues Raised by the Sharing Economy at June Workshop**, 2015. Disponível em <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/04/ftc-examine-competition-consumer-protection-economic-issues>>. Acesso em 02/05/2016.

8 REGNER, Michelle. **How the world’s biggest brands came to love the sharing economy**, 2014. Disponível em <<https://www.virgin.com/entrepreneur/how-the-worlds-biggest-brands-came-to-love-the-sharing-economy>>. Acesso em 21/03/2016.

9 MARSHALL, Patrick. **The sharing Economy**. SAGE Business Researcher Publication, 2015. Disponível em: <<http://businessresearcher.sagepub.com/sbr-1645-96738-2690068/20150803/the-sharing-economy>>. Acesso em: 06.05.2016.

10 Tradução livre do trecho: “The technologies that define the sharing economy—the Internet-enabled applications that allow consumers to connect directly to service providers—are clearly not going to disappear. “I think this is the beginning of the second-order issues of the sharing economy,” says Koopman of the Mercatus Center. “The first-order issues were whether the sharing economy should exist at all. That debate is settled. The sharing economy is here to stay. Now comes the second wave of issues for sharing economy firms: How are the regulators going to treat them?”

11 SCHOR, Juliet. **Debating the Sharing Economy**, 2014. Disponível em: <<http://greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>>. Acesso em 07/04/2016.



É extremamente desafiador oferecer uma definição de economia de compartilhamento que conserve clareza, ao mesmo tempo que engloba a variedade de formas nas quais o termo é usado na prática (tradução nossa<sup>12</sup>)

Muito dessa discussão teve origem após uma parcela considerável do crescimento do modelo, em que o termo “economia de compartilhamento” passou a designar diferentes modalidades de atividades, que se baseavam em diferentes princípios e formas de funcionamento. Isso levantou discussões a respeito da legitimidade de algumas atividades em se autodenominarem economia de compartilhamento, principalmente aquelas de cunho essencialmente monetizado e empresarial, que além de objetivar o lucro, aproximam-se do modelo de mercado tradicional. Nesse sentido está o descrito no relatório de pesquisa promovida pela *PricewaterhouseCoopers*<sup>13</sup>:

Na sequência de conversas com especialistas da indústria, ficou claro que nenhum rótulo único pode perfeitamente encapsular este movimento. Para alguns, a palavra “compartilhar” foi um equívoco, um giro astuto, porém dissimulado em uma indústria que eles sentiam ser mais sobre oportunismo monetária do que altruísmo. Para outros, títulos mais aptos incluem *Trust Economy*, *Collaborative Consumption*, *On-Demand* ou *Peer-to-Peer Economy* (tradução nossa<sup>14</sup>).

Conforme mencionado, foram criados diferentes termos na língua inglesa para expressar as diferenças existentes dentro do modelo, quais sejam: “*sharing economy*”, “*peer economy*”, “*collaborative economy*”, “*collaborative consumption*”, etc. Rachel Botsman, pioneira no estudo do que ela denomina “*colaborative consuption*”, procurou dirimir esses conceitos em seu texto “The sharing economy lacks a shared definition<sup>15</sup>”.

Segundo Botsman, esses diferentes termos expressam modelos com características diferentes, apesar de apresentarem algumas características em comum e de aparecem muitas vezes associados. Ainda segundo ela, as definições estão sendo modificadas com o objetivo de adequá-las a diferentes finalidades, o que leva a uma má-compreensão dos modelos<sup>16</sup>.

Alguns autores defendem que a existência de benefícios monetários é irrelevante para a caracterização como economia de compartilhamento. Nesse sentido está Chris J. Martin<sup>17</sup>:

[...] O significado do senso comum de economia de compartilhamento exclui formas de trocas nas quais há benefício monetário para uma das partes, e portanto, as inovações baseadas em ativos de aluguel *peer-to-peer* (por exemplo, *Airbnb*) poderiam ser excluídos da economia de compartilhamento. No entanto, se considerarmos que o acesso a um ativo pode ser compartilhado (em vez do próprio ativo), o acúmulo de benefício monetário torna-se irrelevante e inovações com base em ativos de aluguel *peer-to-peer* podem ser incluídos no consumo colaborativo (tradução nossa)<sup>18</sup>.

12 Tradução livre do trecho: “It is extremely challenging to offer a definition of the sharing economy which retains clarity whilst encompassing the variety of ways in which the term is used in practice”.

13 PWC. **The Sharing Economy: consumer intelligence series** [S.l.] Apr. 2015, p 14. Disponível em: <<http://pwc.com/CISsharing>> Acesso em 02/12/2015.

14 Tradução livre do trecho: “As we spoke with industry specialists, it was clear that no single label can neatly encapsulate this movement. For some, the word “sharing” was a misnomer, a savvy but-disingenuous spin on an industry they felt was more about monetary opportunism than altruism. For others, more apt titles included the Trust Economy, Collaborative Consumption, the On-Demand or Peer-to-Peer Economy”.

15 BOTSMAN, Rachel. **The Sharing Economy lacks a shared definition**. Co-exist, 2013. Disponível em <<http://www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>>. Acesso em 21.mar.2016.

16 Ibidem.

17 MARTIN, Chris J. The sharing economy: a pathway to sustainability or a new nightmarish form of neoliberalism? **Ecological Economics**, n. November, p. 1–8, 2015.

18 Tradução livre do trecho: “[...] the common sense meaning of sharing excludes forms of exchange where a monetary benefit



Outros, porém, rejeitam a ideia de rentabilidade do modelo, alegando que a semelhança com o modelo de mercado tradicional deslegitimaria a ideia de compartilhamento. Entre eles estão Giana M. Eckhardt e Fleura Bardhi<sup>19</sup>. Segundo elas:

[...] economia de compartilhamento não é realmente uma economia de “partilha”; não é uma economia de acesso. Partilha é uma forma de intercâmbio social, que se dá entre as pessoas conhecidas, sem qualquer vantagem. Partilhar é uma prática estabelecida e domina aspectos particulares da nossa vida, tais como no âmbito familiar. Ao compartilhar e consumir coletivamente o espaço doméstico, os membros da família criam uma identidade de comunidade. Quando o “compartilhamento” é mediado pelo mercado - quando uma empresa é um intermediário entre consumidores que não se conhecem - isso não é compartilhamento de forma alguma. Pelo contrário, os consumidores estão pagando para acessar bens ou serviços de outra pessoa, por um determinado período de tempo. Isso é uma troca econômica, e os consumidores estão atrás de valor utilitário, ao invés de social. (tradução nossa<sup>20</sup>)

Essa confusão terminológica tem feito crescer as críticas e a resistência contra a economia de compartilhamento, em razão de supostas incoerências. Isso porque, não raras vezes, dentro do contexto das empresas que se autodenominam economia de compartilhamento, muito pouco tem sido visto de incentivos à solidariedade, à reutilização de recursos e à sustentabilidade, mas sim à exploração dos recursos sub ou inutilizados com o objetivo de geração de lucro para particulares e, sobretudo, para as empresas que administram a plataforma.

Fato é que a economia de compartilhamento trouxe à tona a existência de uma grande quantidade de recursos subutilizados, bem como de demanda para o acesso a eles de forma eventual ou permanente. Trata-se de um mercado incipiente e pouco explorado, capaz de possibilitar boa margem de lucro para aqueles que nele se inserissem.

Como os recursos a serem compartilhados já existem, não se fazendo necessária a sua obtenção pela empresa que pretende explorá-lo, é economicamente viável a abertura do negócio, já que pouquíssimo investimento inicial é necessário. No mesmo sentido, trata-se de um negócio de baixo custo de manutenção, já que boa parte do trabalho é feito por meio de softwares e aplicativos e os gastos ou riscos do negócio são arcados pelos proprietários do recurso, em grande parte das vezes.

Além disso, as empresas inseridas no contexto da economia de compartilhamento têm conseguido manter-se afastadas da regulação estatal, em grande parte do globo. Em razão do seu caráter disruptivo, as atividades ou serviços prestados por meio desse modelo tem se mantido fora do alcance das regulações estatais, já que não se encaixam nos modelos tradicionais para os quais elas foram criadas.

As novas regulações, voltadas para o modelo de compartilhamento, são ainda

---

accrues to one or more party, and hence innovations based on peer-to-peer asset rental (e.g. Airbnb) could be excluded from the sharing economy. However, if one considers that access to an asset can be shared (rather than the asset itself), the accrual of monetary benefit becomes irrelevant and innovations based on peer-to-peer asset rental can be included within the sharing economy”.

19 ECKHARDT, Giana M.; BARDHI, Fleura. The Sharing Economy isn't about sharing at all. **Harvard Business Review**, jan. 28, 2015.

20 Tradução livre do trecho: “[...] sharing economy isn't really a “sharing” economy at all; it's an access economy. Sharing is a form of social exchange that takes place among people known to each other, without any profit. Sharing is an established practice, and dominates particular aspects of our life, such as within the family. By sharing and collectively consuming the household space of the home, family members establish a communal identity. When “sharing” is market-mediated — when a company is an intermediary between consumers who don't know each other — it is no longer sharing at all. Rather, consumers are paying to access someone else's goods or services for a particular period of time. It is an economic exchange, and consumers are after utilitarian, rather than social, value”.

incipientes ou até mesmo inexistentes, fazendo com que o novo modelo continue funcionando, em muitos casos, sem regulação específica e alheio às regulações tributárias e trabalhistas, por exemplo. Isso é extremamente favorável, tanto do ponto de vista concorrencial quanto econômico, pois torna possível o baixo custo das transações e o repasse ao consumidor, fazendo com que os bens e serviços cheguem com preços substancialmente menores do que aqueles oferecidos pelas empresas tradicionais, que estão sujeitas aos referidos encargos.

Outra vantagem do modelo é o fato de ele estar associado a ideias como inovação, sustentabilidade, igualdade, eficiência e novas tecnologias, passando uma imagem amigável, jovem e confiável aos seus usuários. Segundo Michelle Regner<sup>21</sup>, isso aumenta o nível de confiança social ao modelo, gerando fidelidade por parte dos consumidores. Esse é um cenário ideal para o desenvolvimento e crescimento de empresas, pois, além de rentável, possui clientela fidelizada e uma demanda crescente.

Segundo pesquisa realizada pela *PricewaterhouseCoopers*<sup>22</sup>, 78% dos adultos americanos já familiarizados com a economia de compartilhamento concordam que ela constrói uma comunidade mais forte. 63% deles concordam que é mais atrativo utilizar a economia de compartilhamento do que contratar com empresas tradicionais.

Além disso, a economia de compartilhamento apresenta uma forma renovada de consumir, ganhando a confiança das pessoas na criação de um ambiente pessoal:

Hoje, o valor de uma marca é, muitas vezes, ligado às conexões sociais que ela promove. Gerenciar essas conexões é fundamental para um marketing bem-sucedido. No caso do compartilhamento, experiência em design é fundamental para engendrar conexões emocionais. Ao fornecer aos consumidores facilidade de uso e confiança na tomada de decisões, uma empresa vai além de uma relação puramente baseada em transações, para se tornar uma plataforma para uma experiência – semelhante a uma amizade (tradução nossa<sup>23</sup>).

Este estudo pretende trabalhar com os diversos modelos e concepções, de modo não excludente, daquilo que se denomina de modo geral como economia de compartilhamento. Fato é que, se adotado somente o ponto de vista solidário e não monetizado do modelo, pouco haverá o que se discutir, do ponto de vista do Direito. Pretende-se, assim analisar o fenômeno da forma como ele tem se apresentado, sem buscar a construção de um conceito próprio do fenômeno, mas sim a apresentação dos existentes e das críticas que têm sido levantadas ao tema.

## 2.3. CARACTERÍSTICAS

Há alguns pontos de convergência entre os diferentes modelos de economia de compartilhamento. Tratam-se de aspectos específicos, que fornecem uma estrutura geral do modelo e nos quais se baseará o presente trabalho. Essas características, no entanto, não estão isentas às diferenças internas do modelo.

---

21 “Brands can communicate to customers that they are available to buyers, renters, sharers of their brand in all forms and gain social trust in a new way. This will build brand loyalty in spaces some brands would never imagine” (REGNER, Michelle. **How the world's biggest brands came to love the sharing economy**. *Op.cit.*).

22 PWC. **The Sharing Economy**: *Op.cit.*

23 Tradução livre do trecho: “Today, the value of a brand is often linked to the social connections it fosters. Managing these connections is fundamental to successful marketing. In the case of sharing, experience design is critical to engendering emotional connections. By providing consumers with ease of use and confidence in decision-making, a company moves beyond a purely transaction-based relationship to become a platform for an experience—one that feels more like friendship”. (**The Sharing Economy: consumer intelligence series**. [S.l.]: PWC, Apr. 2015. Disponível em: <pwc.com/CISsharing> Acesso em 02. dez. 2015).

Uma importante característica da economia de compartilhamento é o fato de ela estar aliada ao desenvolvimento da internet, smartphones e outras novas tecnologias. Isso porque se utiliza, muitas vezes, de uma plataforma digital (seja ou não em formato de aplicativo), capaz de conectar pessoas, facilitar a troca entre elas e funcionar como uma espécie de “terceiro controlador<sup>24</sup>”, garantindo a eficácia e a segurança dos contatos e trocas por meio dela efetuados.

Além disso, promovem um meio de maior equidade e sustentabilidade na distribuição dos recursos, ao reduzir as barreiras de acesso, os intermediários e, conseqüentemente, os custos. Assim, as pessoas conseguem ter acesso facilitado a bens e serviços oferecidos por outros usuários, por meio da conexão digital, o que seria dificultado ou até mesmo impossibilitado pelas distâncias geográficas, na ausência dessas novas tecnologias, conforme dispõe Lawrence Lessig<sup>25</sup>:

As pessoas podem se comunicar e se associar de maneiras que elas nunca haviam feito antes. O espaço parece garantir um tipo de sociedade que o espaço real nunca permitiria (tradução nossa)<sup>26</sup>

Ademais, a internet reduz significativamente os custos das transações, ao eliminar intermediários, dispersando conteúdos de forma barata e sem fronteiras. A diminuição de intermediários é outra característica importante do modelo.

As plataformas que atuam em modelo de economia de compartilhamento coordenam e facilitam as transações entre seus usuários, por meio da disponibilização de informações sobre os próprios usuários e sobre os recursos que eles possuem para compartilhar. Por intermédio do conhecimento da existência de bens e serviços subutilizados, e de pessoas que possuam interesses entre si, as plataformas permitem o compartilhamento direto dos recursos entre os usuários, sem que seja necessária a presença de terceiros para sua efetivação.

Uma vez que os custos operacionais e transacionais constituem parcela considerável do preço de um bem ou serviço, a eliminação de boa parte deles influi definitivamente no preço final, tornando-o mais competitivo. Além disso, facilita seu acesso para a parte da população que não o teria, caso a única forma de acesso fosse sua aquisição pelo preço total.

A otimização de recursos é outra característica desse modelo. A economia de compartilhamento objetiva a cooperação entre pessoas por meio da troca de bens e serviços que já existem, mas que, por qualquer motivo, estejam inutilizados ou subutilizados. A economia de compartilhamento, assim, trabalha com os excedentes: aquilo que não está sendo utilizado pelo seu proprietário, ou aquilo que pode ter sua utilização otimizada, a partir de formas criativas e inovadoras que ampliam o acesso.

Na sociedade de consumo atual, não é difícil imaginar a ocorrência dessas duas hipóteses, seja em razão da própria natureza de um bem (de utilização sazonal, por exemplo), ou qualquer que seja o motivo. Nesse sentido, dispõem Allen e Berg<sup>27</sup>:

---

24 DILLAUHUNT, Tawanna R; MALONE, Amelia R. **The promise of the sharing economy among disadvantaged communities**. Seoul: ACM, 2015, p.02.

25 LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

26 Tradução livre do trecho: “People could communicate and associate in ways that they had never done before. The space seemed to promise a kind of society that real space would never allow”.

27 ALLEN, Darcy; BERG, Chris. **The Sharing Economy: how over regulation could destroy an economic revolution**. Institute of Public Affairs, 2014, p.25.

A economia moderna está cheia de um vasto excesso de capacidade. Existe uma grande quantidade de recursos ociosos no mundo moderno - bens que não estão sendo usados, trabalhos que não estão sendo contratados. Em grande parte, esse excesso de capacidade deve-se aos substanciais custos de transação envolvidos na utilização desses recursos. Isso reduz os custos de adequação a quase zero e remove a sobrecarga envolvida em ambos os lados da troca (tradução nossa<sup>28</sup>).

A economia de compartilhamento propõe, então, um novo jeito de consumir, partindo do pressuposto de que o uso de um recurso é mais vantajoso que sua propriedade. O foco não está no valor econômico do recurso compartilhado, nem mesmo na transferência de sua propriedade, mas sim na otimização da utilidade de cada bem e nos benefícios que ele pode oferecer ao seu usuário, como bem expressa a fala de Theodore Levitt<sup>29</sup>, professor de marketing da Universidade de Harvard: “As pessoas não querem comprar uma furadeira. Elas querem o furo na parede”<sup>30</sup>.

Essa mudança no valor dos recursos alarga sua capacidade. Além disso, a utilização da capacidade excedente corrobora a satisfação, tanto dos interesses do proprietário, que continua possuindo o bem, quanto dos potenciais usuários, que podem lançar mão dele de modo ocasional, à medida de suas necessidades. Segundo Allen e Berg<sup>31</sup>, “O que a economia de compartilhamento unicamente faz é fatiar o fornecimento de bens e serviços em partes menores no tempo e no espaço”<sup>32</sup>.

Torna-se, então, desnecessária a aquisição de novos produtos, uma vez que apenas um poderá servir a várias pessoas, alternada ou simultaneamente. Esse é um dos motivos pelo qual a economia de compartilhamento promove a sustentabilidade, a partir da reutilização.

Por fim, outra importante característica da economia de compartilhamento é a autorregulação. Para garantir a confiança das transações efetuadas por meio do modelo, foram criados mecanismos de controle de histórico e avaliações, criando uma espécie de reputação online dos usuários.

De forma geral, a cada transação efetuada, a plataforma gera uma página para avaliação da experiência. Nela, o usuário tem a oportunidade de relatar ou avaliar tanto o outro usuário, com quem se transacionou, quanto a experiência. Essas avaliações serão arquivadas e comporão o histórico dos usuários dela participantes, de modo a criar uma espécie de reputação destes, visível para os demais usuários.

Esse histórico fica atrelado ao perfil dos usuários, servindo de grau de confiança para as futuras transações a serem efetuadas. Segundo pesquisa realizada pela *Price-waterhouseCoopers*<sup>33</sup>, essa relação de confiança, baseada em recomendações anteriores, possui grande eficácia:

---

28 Tradução livre do trecho: “The modern economy is full of vast excess capacity. There is a large amount of idle resources in the modern world – goods which are not being used, and labour which is not being purchased. In large part this excess capacity is due to the substantial transaction costs involved in utilizing those resources. It reduces matching costs to near zero and removes the overhead involved on both sides of the exchange”.

29 Theodore Levitt, citado em: Clayton Christensen (2016), *The Clayton M. Christensen Reader*. p. 46

30 Tradução livre do trecho: “People don’t want to buy a quarter-inch drill. They want a quarter-inch hole”.

31 ALLEN, Darcy; BERG, Chris. **The Sharing Economy**: *Op.cit.*, p. 17

32 Tradução livre do trecho: “What the sharing economy uniquely does is slice up the provision of goods and services into smaller parts, both in time and in space”.

33 *The Sharing Economy*: *Op.cit.*

De acordo com a Nielsen 2012 Confiança Global na Pesquisa Publicidade, 92% dos consumidores em 56 países diferentes afirmaram que confiam no boca-a-boca ou recomendações de amigos e familiares acima de todas as outras formas de publicidade (tradução nossa<sup>34</sup>).

Além de favorecer a pessoalidade entre os usuários, a autorregulação tem se mostrado bastante eficiente no controle das atividades pelas plataformas de compartilhamento, reduzindo fraudes e aumentando a confiança no sistema. Ademais, são mais baratas e flexíveis se comparadas ao controle governamental.

## 2.4. EFEITOS

A presença e o desenvolvimento da economia de compartilhamento tem trazido consigo muitos benefícios, assim como conflitos e críticas, por parte da sociedade que a recebe. Alguns desses benefícios já foram aqui citados, como a otimização dos bens e serviços, a redução no preço e, com isso, a ampliação do acesso a eles. Além disso, a promoção da sustentabilidade e com ela a diminuição do lixo e dos desperdícios, tão característicos da sociedade de consumo atual.

A economia de compartilhamento também trouxe de volta maior pessoalidade nas relações. Exemplo disso podemos citar o *Airbnb*<sup>35</sup>, que se propõe a oferecer não um serviço de hospedagem, mas uma experiência que valoriza a vivência e os encontros, a partir da criação de um sentimento de pertencimento e comunidade.

Outro benefício da economia de compartilhamento é a possibilidade de acesso a um maior grau de informações pelos usuários, que deriva da própria descentralização do modelo. O nível de flexibilidade das transações permite que os usuários mantenham maior controle sobre elas, já que as trocas se dão de maneira personalizada. Pode-se dizer que essa possibilidade de ditar boa parte da dinâmica das transações gera, inclusive, consumidores mais conscientes, contribuindo para a sustentabilidade ambiental.

Além disso, havia uma grande deficiência de alguns bens ou serviços em algumas sociedades, seja porque o acesso ao bem ou serviço era nulo ou dificultado, seja pela má qualidade em que eram encontrados. A economia de compartilhamento trouxe a supressão de alguma dessas deficiências, como sugerem Cohen e Kietzmann<sup>36</sup>:

[...] o setor privado desenvolveu modelos de negócios para resolver uma falha de mercado no mercado da mobilidade pública e privada. Esta falha surgiu devido ao aumento dos congestionamentos nas cidades, a falta de acesso suficiente a alternativas de transporte de qualidade, bem como a falta de veículos particulares limpos e a preços acessíveis para os consumidores. Em resposta, o setor privado, procurando preencher a lacuna, começou a introduzir um grande número de diferentes modelos de negócios no mercado de mobilidade compartilhada, que inclui os segmentos de *bikesharing*, *carsharing* e *ridesharing* (tradução nossa<sup>37</sup>).

Ao lado de tantos benefícios, porém, a economia de compartilhamento tem re-

---

34 Tradução livre do trecho: “According to Nielsen’s 2012 Global Trust in Advertising Survey, 92% of consumers in 56 different countries said they trusted word-of-mouth or recommendations from their friends and family above all other forms of advertising”.

35 Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/>>. Acesso em 10 dez. 2016.

36 COHEN, Boyd; KIETZMANN, Jan. Ride On! Mobility Business Models for the Sharing Economy, in **Organization & Environment**, 2014, Vol.27(3), p.281.

37 Tradução livre do trecho: “the private sector has developed business models to address a market failure in the private and public mobility market place. This failure has arisen due to the increased congestion in cities, the lack of sufficient access to quality transit alternatives as well as the lack of affordable private and clean vehicles for consumers. In response, the private sector seeking to address the gap has begun to introduce a plethora of different business models in the shared mobility market place, which include bikesharing, carsharing, and ridesharing segments”.



cebido duras críticas, bem como despertado a oposição de diversos setores das sociedades onde adentraram. Por se tratar de nova dinâmica de funcionamento, baseada em uma racionalidade inovadora e disruptiva, a economia de compartilhamento não se encaixa nas legislações até então existentes, fazendo com que as empresas que atuam nesse modelo consigam evitar custos tributários, laborais, contratuais, etc, além de se manterem de certa forma “imunes” às legislações concorrenciais e urbanísticas, por exemplo.

Apesar de defendida por alguns, a informalidade do modelo gera, além da insegurança jurídica, a deterioração de alguns institutos até então sedimentados no Direito, que se mostram inadaptados para regê-lo. Isso porque o modelo em questão se contrapõe aos regulamentos, conceitos, interesses e institutos existentes no campo do Direito - muitas vezes concebidos para justificar a regulamentação jurídica de situações vigentes e contingentes.

### 2.4.1. Aspectos Contratuais

A economia de compartilhamento estabelece relações triangulares entre as pessoas interessadas em transacionar, ocupantes de polos opostos (compradores e vendedores, por exemplo) e a plataforma, que possibilita a realização das trocas por meio dela. Essa plataforma coloca-se como facilitadora das transações, pretendendo não possuir qualquer responsabilidade pelos contratos por meio dela efetuados<sup>38</sup>.

No entanto, são as plataformas que transmitem a confiança necessária aos usuários no que diz respeito à segurança das transações. Temos, hoje, plataformas cada vez maiores e sofisticadas para atender um número cada vez maior de demandas, uma vez que o crescimento do modelo depende diretamente do oferecimento de segurança nas relações.

Assim, o papel das plataformas parece-nos muito maior do que o de simples conectora de interesses, tornando necessário garantir a equidade necessária ao equilíbrio contratual, além da transparência das transações.

Além disso, há o questionamento sobre se a utilização ou compartilhamento de um bem de outra pessoa pode ser caracterizada como relação de consumo. A dúvida paira tanto no que diz respeito à relação entre partes que transacionam, quanto à relação entre elas e a plataforma. No primeiro caso, seria consumerista a relação, mesmo no caso de transações espontâneas e eventuais entre particulares, ou há a exigência de que um deles seja profissional ou empresário? Com relação à plataforma, o debate é ainda maior, como dispõem Bruno Miragem e Claudia Lima Marques<sup>39</sup>:

O site ou aplicativo atua não apenas como um facilitador, mas como aquele que torna viável e, por vezes, estrutura um determinado modelo de negócio. Em outros termos, o site ou aplicativo permite o acesso à “highway” e atua como guardião desse acesso, um gatekeeper (“guardião do acesso”) que assume o dever,

---

38 No site da Uber, por exemplo, é possível ter acesso aos Termos e Condições, que dispõe que: “Você concorda em indenizar e manter a Uber, seus diretores(as), conselheiros(as), empregados(as) e agentes isentos(as) de responsabilidade por todas e quaisquer reclamações, cobranças, prejuízos, responsabilidades e despesas (inclusive honorários advocatícios) decorrentes ou relacionados: (i) ao uso dos Serviços, de serviços ou bens obtidos por meio do uso dos Serviços; (ii) descumprimento ou violação de qualquer disposição destes Termos; (iii) o uso, pela Uber, do Conteúdo de Usuário(a); ou (iv) violação dos direitos de terceiros, inclusive Prestadores Terceiros”. Disponível em: <<https://www.uber.com/legal/terms/br/>>. Acesso em 04. Jul. 2016.

39 MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>>. Acesso em 05 jun. 2016.



ao oferecer o serviço de intermediação ou aproximação, de garantir a segurança do modelo de negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível pela internet. [...] É a confiança no meio oferecido para as trocas e compartilhamentos, a base do comportamento das partes, levando-as a aderir ao modelo de negócio e por intermédio de determinada plataforma (site ou aplicativo), manifestar a vontade de celebrar o negócio. Exige-se daí o domínio de certas informações sobre quem se dispõe a oferecer o bem para uso compartilhado, ou as características do produto ou serviço oferecido. Ou daquele que pretende obter a contraprestação em dinheiro, a segurança sobre o modo como se viabiliza o pagamento. [...] os deveres de lealdade são exigíveis de todos, mas a pergunta que surge é qual a posição daquele que organiza e mantém o site ou o aplicativo de internet, e que desempenha esta atividade com caráter econômico, remunerando-se direta (por percentual dos valores contratados ou por taxas fixas) ou indiretamente (por publicidade ou formação e negociação de banco de dados, por exemplo). [...] Há situações em que poderá haver responsabilidade do intermediador pela satisfação do dever principal de prestação do negócio objeto de intermediação com o consumidor. Mas na maior parte das vezes, aquele que apenas aproxima e intermedia o negócio deverá garantir a segurança e confiança no meio oferecido para realizá-lo, não respondendo, necessariamente, pelas prestações ajustadas entre partes.

Qualificadas na legislação brasileira como provedores de aplicações de internet<sup>40</sup>, é exigível das plataformas o domínio de certas informações, além do fornecimento de segurança às transações por meio dela efetuadas. É o que dispõe, por exemplo, o artigo 7º, inciso XI do Marco Civil da Internet (Lei nº12.965/14), que determina como um dos direitos dos usuários da internet a publicidade e a clareza de eventuais políticas de uso.

## 2.4.2. Aspectos Laborais

Uma característica importante da economia de compartilhamento é o fato de as plataformas atuarem como mediadores de interesses, sem pretender criar vínculos de subordinação e deveres com quaisquer das partes. Em razão disso, os serviços prestados por meio desse modelo são vistos como autônomos, ou *freelancers*, não criando vínculos empregatícios. As consequências disso são: enquanto os trabalhadores empregados estão regulados pela legislação trabalhista, tendo acesso tanto aos descontos em folha de pagamento, quanto às garantias e direitos conquistados, os trabalhadores liberais estão adstritos ao contrato e às normas que regem o direito contratual.

A fluidez das relações e os baixos custos pretendem fazer crescer a demanda por trabalhos temporários e pontuais, prestados para diferentes pessoas, sem o surgimento de vínculo direto com qualquer uma delas. Esse tipo de serviço propõe a utilização do tempo ocioso das pessoas, de modo a gerar uma renda extra, e não um emprego propriamente dito.

O maior problema está quando os trabalhos prestados por meio da economia de compartilhamento tornam-se fonte principal de serviço e renda. Esse aspecto tem gerado bastante discussão, fazendo nascer o debate sobre o real nível de independência dessas pessoas, frente à plataforma:

Além de suas circunstâncias pessoais e consequências para a sua profissão, os taxistas denunciam “a precarização do trabalho de motoristas” de VTC<sup>41</sup>. No caso do UberPop<sup>42</sup> [...] a precariedade é ainda mais importante. Na verdade, como afirma o economista Evariste Lefeuve, o Uber considera seus motoristas como prestadores individuais de serviços, e a eles incube o encargo do financiamento e seguro dos veículos. “O

40 Segundo o artigo 5º, inciso VII do Marco Civil (Lei 12.965/14) considera-se aplicações de internet o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

41 *Véhicule de tourisme avec chauffeur* ou *Voitures de Transport avec Chauffeur*. É um tipo de transporte de passageiros feito por meio de reserva, com um motorista profissional. Diferem-se dos táxis, uma vez que estes podem prestar o serviço por outras modalidades, como pontos de táxi e livre-demanda.

42 Corresponde ao UberX, no Brasil, uma modalidade de transporte com carros mais simples e motoristas não profissionais.

capital detido pela pessoa cuja renda (e não salário) depende da sua capacidade de explorar a rede oferecida por grandes empresas representa um golpe de financiamento, seguro e amortização que ele mesmo deve assumir - mesmo em caso de baixa de atividade. “ [...] De fato, exceto na Califórnia, onde a empresa será forçada a contratá-los, os motoristas Uber são uma força de trabalho paga em porcentagem, com muito pouca ou nenhuma proteção social e, claro, qualquer vantagem de assalariado, mas uma grande liberdade de organização - pelo menos aparentemente - dos seus horários”<sup>43</sup> (tradução nossa<sup>44</sup>).

Nesse contexto, a economia de compartilhamento traz à tona a discussão a respeito da fronteira da legislação trabalhista e da natureza do trabalho. No Brasil, a relação de emprego configura-se, basicamente, por meio da soma de cinco características: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. Além disso, deve o empregado ser pessoa física. No caso dos serviços prestados pelo modelo de economia de compartilhamento, os principais questionamentos giram em torno da não eventualidade e subordinação, tendo em vista a liberdade das partes na relação.

É cediço salientar que a não configuração de relação empregatícia parece ser, entre outros, importante fator que contribui para o baixo preço dos serviços oferecidos pela empresa. Essa mudança de paradigma é, para alguns, uma promessa de completa remodelação do trabalho para o futuro. Para outros, porém, trata-se de mais um caso de tentativa de flexibilização de normas trabalhistas, o que exige cautela.

### 2.4.3. Aspectos Concorrenciais

No âmbito concorrencial, alguns aspectos tornam-se importantes na análise do modelo de economia de compartilhamento, como controle de preços e domínio de mercado, por exemplo. Isso porque, nesse modelo, o nível de abrangência de uma empresa no mercado tem grande importância no aspecto concorrencial, principalmente em razão da característica *two-sided*<sup>45</sup> dessas plataformas:

Muitas das plataformas em modelo de economia de compartilhamento são, provavelmente, *two-sided markets*. Quanto mais vendedores usarem a plataforma, melhor é a plataforma para os compradores, e vice-versa. Dependendo ainda de outros aspectos, como o tecnológico e de mercado, esses efeitos de *positive network*<sup>46</sup> em plataformas *peer-to-peer* podem criar preocupações competitivas específicas<sup>47</sup> (tradução nossa<sup>48</sup>).

Assim, quanto mais usuários de um lado da plataforma (mais motoristas, por exemplo) uma empresa obter, ela vai se tornando mais vantajosa para os usuários do outro lado (pessoas interessadas em caronas, por exemplo), tendendo a um monopólio.

43 DAMGE, Mathilde. **De quoi P « uberisation » est-elle le nom ?** Le Monde, 2015. Disponível em : <[http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/06/26/de-quoi-l-uberisation-est-elle-le-nom\\_4662261\\_4355770.html#mIWkpHHV8vRdlEgR.99](http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/06/26/de-quoi-l-uberisation-est-elle-le-nom_4662261_4355770.html#mIWkpHHV8vRdlEgR.99)>. Acesso em 04 jun. 2016.

44 Tradução livre do trecho: “Au-delà de leur cas personnel et des conséquences sur leur profession, les taxis dénoncent « la précarisation des chauffeurs » de VTC. Dans le cas d’UberPop, qui risque de disparaître, la précarité est encore plus importante. En effet, rappelle l’économiste Evariste Lefevre, Uber considère ses chauffeurs comme des contractants individuels auxquels incombe la charge du financement des véhicules et assurances. « Le capital détenu par la personne dont le revenu (et non le salaire) dépend de sa capacité à exploiter le réseau offert par les grandes entreprises présente un coup de portage, d’assurance et d’amortissement qu’il doit lui-même assumer – même en cas de baisse d’activité. [...] De fait, sauf en Californie où l’entreprise sera obligée de les embaucher, les chauffeurs d’Uber sont une force de travail payée au pourcentage, sans ou avec très peu de protection sociale et bien sûr aucun avantage de salarié, mais une grande liberté d’organisation – du moins en apparence – de leurs emplois du temps”.

45 Modelo que permite que dois tipos de agentes (geralmente compradores e vendedores) interagem entre si.

46 “If the size of the externalities depends on the number of participants on the one or the other side of the market, then they are called network externalities or network effects” (KING, Stephen P. Sharing Economy: What Challenges for Competition Law? **Journal of European Competition Law & Practice**, 2015, Vol. 6, No. 10. Economist’s Note, p. 730).

47 Ibidem.

48 Tradução livre do trecho: “Many sharing economy platforms are likely to be two-sided markets. The more sellers that use a platform, the better the platform is for the buyers, and vice versa. Depending on other features of the technology and the market, these positive network effects on peer-to-peer platforms may create specific competition concerns.”

Essa característica está intimamente ligada ao aspecto *single-homing*<sup>49</sup> desse mercado. Apesar da presença de outros concorrentes no mercado, a impossibilidade de o consumidor usar, simultaneamente, mais de uma plataforma, também influencia no aspecto concorrencial, uma vez que dificulta a entrada de novos competidores.

No contexto da economia de compartilhamento, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE) elaborou dois estudos a respeito do mercado de transporte individual de passageiros no âmbito concorrencial, a partir do início das atividades do Uber, no Brasil. Apesar de esses estudos não representarem o posicionamento oficial da Autarquia sobre o assunto, são capazes de elucidar o tema.

O primeiro deles, intitulado “O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano”<sup>50</sup>, dispõe que a regulamentação ou desregulamentação do serviço, pela Autoridade Pública, deve necessariamente ser precedida de um estudo das suas potenciais externalidades, sob pena de o custo direto dos serviços não refletir seu custo social.

O segundo estudo, intitulado “Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta”<sup>51</sup>, promoveu um estudo empírico, com o objetivo de “verificar se as caronas pagas contratadas por meio do aplicativo Uber têm oferecido algum grau de substituição, ou exercido algum grau de rivalidade, com as corridas de táxis contratadas por meio dos aplicativos de celulares 99taxi e Easy Taxi”<sup>52</sup>.

Esse estudo concluiu que o Uber criou um novo mercado, não havendo o que se falar em substituição ou concorrência com o mercado de táxis. No entanto, “a considerar a experiência registrada em outros mercados geográficos, onde os serviços de caronas pagas já estão fortemente consolidados, a tendência é que a rivalidade entre os serviços de caronas pagas e de corridas de táxis cresça ao longo do tempo, gerando diferentes graus de substitutibilidade em diferentes nichos de consumidores”<sup>53</sup>. Dessa forma, com o passar do tempo e com o fortalecimento do serviço fornecido pela Uber, as circunstâncias podem diferir daquelas que foram objeto do estudo acima mencionado, havendo forte tendência de rivalidade com o mercado de táxis, o que deve ser posteriormente analisado.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A economia de compartilhamento pode ser considerada modelo cujo objetivo ulterior é a repartição de benefícios entre seus usuários, fugindo, em alguma medida, da lógica de mercado tradicional. Em razão disso, ela confronta-se não só com a economia clássica, mas também com o ordenamento jurídico em vigor.

Esse modelo, que representa o contexto das novas tecnologias e inovações como

---

49 Quando um dos lados do mercado podem somente trabalhar com uma única plataforma por vez, ao contrário do *multi-home*, quando é possível trabalhar com diversas alternativas de plataformas competindo entre si ao mesmo tempo: “For example, a person offering labour services through the sharing economy can generally multi-home, subscribing to different competing platforms at the same time. In contrast, passengers on a ridesharing service are likely to single home at any point in time, ordering a car using one, and only one, platform” (Idem, p. 732).

50 ESTEVES, Luiz Alberto. **O Mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano**. Brasília: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Departamento de Estudos Econômicos, 2015.

51 ESTEVES, Luiz Alberto. **Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de taxi porta a porta**. Brasília: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Departamento de Estudos Econômicos, dez. 2015.

52 Idem, p. 05.

53 Idem, p 25 e 26.

um todo, desafia e reforça a inadequação dos padrões legais e conceituais vigentes para capturar as transformações intermediadas pelo meio digital em ambientes de interação e concorrência.

As relações estabelecidas por meio da economia de compartilhamento estão baseadas em um mecanismo de troca muito mais tênue do que nas relações consumeristas tradicionais. Além disso, o modelo consegue, de certa forma, se autogerir, levantando discussões a respeito da necessidade da presença do Estado regulador e seu tipo de intervenção.

Por ainda se encontrar em fase de desenvolvimento, cujos efeitos ainda estão sendo sentidos e descobertos, tanto no âmbito social quanto nos âmbitos econômico, político e legal, por exemplo, este estudo levanta muitas questões ainda sem resposta. É, assim, ainda muito cedo para qualquer conclusão concreta a respeito dos impactos causados pela economia de compartilhamento em quaisquer dessas áreas, assim como classificar seus efeitos enquanto benéficos ou não.

Dessa forma, é necessário ter cautela para analisar as situações criadas por esse modelo, já que ainda é difícil dimensionar as consequências que estão sendo e que podem ser causadas. Até então, os impactos sentidos são paradoxais: ao mesmo tempo em que empodera indivíduos a atuar de forma inovadora e autônoma, o modelo cria ou reforça explorações, ao reproduzir princípios essencialmente capitalistas e mercantis.

## 4. REFERÊNCIAS

### Livros:

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: how social production transforms markets and Freedom**. New Haven: Yale University Press, 2006.

BOTSMAN, Rachel. **What's Mine is Yours: how Collaborative Consumption is Changing the Way We Live**. London: HarperCollins, 2011.

DILLAUHUNT, Tawanna R; MALONE, Amelia R. **The promise of the sharing economy among disadvantaged communities**. Seoul: ACM, 2015.

KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. **The sharing Economy and Consumer Protection Regulation: the case for policy change**. Arlington: Mercatus, 2014.

LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

WOSSKOW, Debbie. **Unlocking the sharing economy: an independent review**. London: Crown, 2014.

### Teses e Dissertações:

COUTO, Rainer. **Regulação de tecnologias disruptivas: uma Análise de Sharing Economy**. 2015. Monografia – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte.

### Artigos:

ALLEN, Darcy; BERG, Chris. The Sharing Economy: how over regulation could destroy an

economic revolution. **Institute of Public Affairs**, 2014.

COHEN, Boyd; KIETZMANN, Jan. Ride On! Mobility Business Models for the Sharing Economy, in **Organization & Environment**, 2014, Vol.27(3), pp.279-296.

DARBERA, Richard. **VTC & PHV**, une étude comparative de la manière dont les Anglais régulent l'offre de transports particuliers de personnes. 2014. Disponível em: <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00968620/>> Acesso em 20 dez. 2015.

ECKHARDT, Giana M.; BARDHI, Fleura. The Sharing Economy isn't about sharing at all. **Harvard Business Review**, jan. 28, 2015.

HM Government. **Independent review of the sharing economy**. London: 2015. Disponível em: <[www.gov.uk/bis](http://www.gov.uk/bis)>. Acesso em 02 dez. 2015.

MARTIN, Chris J. The sharing economy: a pathway to sustainability or a new nightmarish form of neoliberalism? **Ecological Economics**, n. November, p. 1-8, 2015.

MILLER, Stephen R. First Principles For Regulating The Sharing Economy. **Harvard Journal on Legislation** Vol. 53, p. 147-202. 2016.

SCHOR, Juliet. **Debating the Sharing Economy**, 2014. Disponível em: <<http://greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>>. Acesso em 07/04/2016.

#### **Matérias disponíveis online:**

BOTSMAN, Rachel. **The Sharing Economy lacks a shared definition**. Co-exist, 2013. Disponível em <<http://www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>>. Acesso em 21.03.2016.

Federal Trade Commission. **FTC To Examine Competition, Consumer Protection, and Economic Issues Raised by the Sharing Economy at June Workshop**, 2015. Disponível em <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/04/ftc-examine-competition-consumer-protection-economic-issues>>. Acesso em 02/05/2016.

REGNER, Michelle. **How the world's biggest brands came to love the sharing economy**, 2014. Disponível em: <<https://www.virgin.com/entrepreneur/how-the-worlds-biggest-brands-came-to-love-the-sharing-economy>>. Acesso em 21/03/2016.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. **Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>>. Acesso em 05 jun. 2016.

#### **Relatórios:**

ESTEVES, Luiz Alberto. **O Mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano**. Brasília: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Departamento de Estudos Econômicos, 2015.

\_\_\_\_\_. **Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de taxi porta a porta**. Brasília: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Departamento de Estudos Econômicos, dez. 2015.

FTC Conference Center. **The “sharing” economy: Issues Facing Platforms, Partici-**

**pants and Regulators.** June 9, 2015 Workshop Transcript. Washington DC, 2015.

MARSHALL. Patrick. **The sharing Economy.** SAGE Business Researcher Publication, 2015. Disponível em: <<http://businessresearcher.sagepub.com/sbr-1645-96738-2690068/20150803/the-sharing-economy>>. Acesso em: 06.05.2016.

PWC. **The Sharing Economy: consumer intelligence series** [S.l.] Apr. 2015, p 14. Disponível em: <[pwc.com/CISsharing](http://pwc.com/CISsharing)> Acesso em 02/12/2015.





# MERCADOS DE PLATAFORMA E EXTERNALIDADES DE REDE: UMA ABORDAGEM ECONÔMICO-JURÍDICA DA NEUTRALIDADE DE REDE

Armando Nogueira da Gama Lamela Martins<sup>1</sup>

Matheus Andrade Oliveira<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer contribuições a partir da análise econômica da estrutura de mercado do setor de serviços de internet, bem como do implemento de uma regulação que siga o princípio da neutralidade de rede, ao tratar de sua necessidade estratégica e os dilemas econômicos (*trade-offs*) envolvidos pelos impactos nos incentivos das empresas e na acessibilidade dos serviços. A partir da revisão bibliográfica de trabalhos teóricos nacionais e internacionais sobre a neutralidade de rede, tanto no Direito quanto na Economia, o artigo tem como objetivo trazer os conhecimentos da área da Economia para as discussões do Direito regulatório no setor de internet.

Pela ocasião da vigência do Marco Civil da Internet no Brasil, o tema possui debates produtivos na área do Direito e da Comunicação social com relação à importância da isonomia no tratamento do conteúdo veiculado na rede para haver a garantia de liberdade e autonomia do usuário de internet. Nesse sentido, é notável o trabalho de Roberto Taufick<sup>3</sup> em destacar a relevância da neutralidade de rede sobre a ótica da segurança da rede; o trabalho de Guilherme Pereira Pinheiro<sup>4</sup> e Maria Eduarda Cintra<sup>5</sup> sobre a análise comparada dos *hard cases* americanos que moldaram o debate jurídico da neutralidade de rede no país, e o trabalho de Pedro Henrique Soares Ramos<sup>6</sup> sobre o panorama das regulações existentes em direito comparado e as diferentes abordagens de se definir neutralidade de rede.

No entanto, é possível notar dificuldades em encontrar discussões no país que tratem do tema na seara da Economia, tendo em vista o caráter incipiente da área de economia da regulação. Em análise econômica do Direito, um notável esforço é encontrado em Pires, Vasconcellos e Teixeira<sup>7</sup> e em Silva, Leurquin e Belfort<sup>8</sup> de estudar a neutralidade de rede, tendo em vista especificamente o conceito econômico de mercado de dois lados (ou de plataforma). Entretanto, escassa é a literatura relacionada a como essa forma de organização de mercado forma seus preços junto aos seus consumidores.

---

1 Mestrando em Economia (UFF), Graduado em Direito (UFF). E-mail: martinsarmando@outlook.com

2 Mestrando em Direito (UERJ), Graduado em Direito (UFJF). E-mail: matheusandrade@outlook.com

3 Cf. TAUFICK, Roberto, Neutralidade De Rede, Concorrência Inovadora E Assimetria Regulatória. 2014. Available at SSRN:<<https://ssrn.com/abstract=2541977>>. Acesso em 23/05/2017.

4 Cf. PINHEIRO, Guilherme Pereira. O princípio da neutralidade de rede na Internet: uma análise regulatória e concorrencial. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 235-254, jul./dez. 2008.

5 Cf. CINTRA, M. E. Neutralidade de Rede: o caso Comcast v. Netflix e o Marco Civil da Internet. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 145-170, maio 2015.

6 Cf. RAMOS, Pedro Henrique Soares. **Arquitetura da Rede e Regulação: A Neutralidade de Rede no Brasil**. 2015. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2015.

7 Cf. PIRES, Jorge Oliveira; VASCONCELLOS, Luís Fernando Rigato; TEIXEIRA; Cleverland Prates. Neutralidade de rede: a evolução recente do debate. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**. Belo Horizonte: Biblioteca Digital, ano 4, n.7, jul./dez. 2009.

8 SILVA, Leandro Novais e. LEURQUIN, Pablo. BELFORT, André. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. **RDC**, Vol. 4, nº 1, Maio 2016, pp. 21-56.

Em especial, este trabalho deve abranger de forma mais ampla o tema da análise econômica da regulação da rede, ao tratar de conceitos próprios de economia da organização industrial, como por exemplo os mercados de plataforma - ou de dois lados - (em Jean-Charles Rochet e Jean Tirole), externalidades de rede (em Michael Katz e Carl Shapiro), e precificação não linear (em Robert Wilson). Busca observar as peculiaridades com as quais esse mercado opera, conforme suas estruturas de custos e preços, em especial os incentivos nos quais as empresas provedoras de rede têm para não buscar a neutralidade de rede. Ainda, os impactos sobre as empresas provedoras de conteúdo dentro da rede, como a regulação entraria agindo sobre esses incentivos, bem como seus efeitos indiretos sobre as empresas envolvidas e os consumidores finais.

Desse modo, o presente artigo será dividido em três partes. Inicialmente, será realizada uma análise da regulação jurídica da internet no Brasil, demonstrando como é o atual ambiente regulatório acerca da neutralidade da rede e da oferta de internet por meio de pacotes banda larga para os consumidores. Na segunda parte, será realizada uma análise por meio dos institutos da economia para que se compreenda melhor a respeito dos incentivos relacionados à estrutura da rede. Por fim, a terceira parte trará as conclusões deste trabalho.

## 2. UMA ANÁLISE JURÍDICA-REGULATÓRIA

Estudando a neutralidade de rede, podemos analisar o comportamento tanto dos legisladores quanto dos agentes econômicos do mercado. A partir da ideia de correlação entre desenvolvimento tecnológico e regulação, esta análise possibilita que os mecanismos jurídicos que estabelecem os requisitos para a oferta de serviços de internet aos usuários se relacionem com outros ideais, não apenas de cunho econômico, mas também de justiça e acessibilidade. Nesta análise, priorizamos aspectos relacionados à regulação jurídica da neutralidade de rede, tratando da legislação a respeito do assunto e das principais discussões sobre o tema.

A neutralidade de rede está prevista no artigo 9º da lei 12.965<sup>9</sup>, o Marco Civil da internet. O artigo dispõe a respeito da necessidade de tratamento isonômico em todos os pacotes de dados, sendo vedadas distinções relacionadas a conteúdo. Eventuais exceções podem ser estabelecidas apenas devido à necessidade técnica indispensável e priorização de serviços de emergência. A isonomia imposta pelo legislador, interpretando de maneira construtiva a lei, busca estabelecer uma igualdade de condições entre os usuários. Por meio dessa condição, o legislador impôs um dever às empresas de telecomunicações que deverão arcar com os eventuais custos advindos da neutralidade.

O debate a respeito da rede foi iniciado pelos professores Tim Wu, da Universidade de Columbia (EUA) e Christopher Yoo da Universidade da Pensilvânia. Para Wu<sup>10</sup>,

---

9 Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. § 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no [inciso IV do art. 84 da Constituição Federal](#), para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência. § 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no **caput** deve: I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do [art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil](#); II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia; III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais. § 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

10 WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the internet neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo debate. **Faculty Scholarship**,

que foi o criador da expressão “neutralidade de rede”, a neutralidade é um princípio no qual para que uma rede de comunicações alcance seu potencial máximo, é necessário que não ocorra discriminações entre usuários, usos e conteúdos acessados. O autor também acredita que a neutralidade permite um controle do governo sobre o tema, o que é importante devido aos problemas causados pelas desregulações e no excesso de confiança no poder de decisão da indústria.

De entendimento oposto, o professor Christopher Yoo defendeu que, sem a neutralidade, os congestionamentos de tráfego na internet seriam solucionados mais facilmente e, assim, seria útil que as empresas de telecomunicações estabelecessem uma diferenciação entre diferentes uso do tráfego na internet. Segundo Yoo<sup>11</sup>, de entendimento liberal, as regras de mercado, em especial a lei de oferta e demanda, solucionam de maneira mais eficaz a questão. De fato, a neutralidade limita a liberdade dos agentes econômicos, mas essa intervenção não se difere de outras que o Estado realiza na economia. Portanto, o desafio se encontra em saber se essa intervenção de fato traz como resultados benefícios para a sociedade.

Uma das polêmicas acerca da inflexibilidade da neutralidade da rede consiste na prática denominada de *zero rating*. Trata-se do expediente praticado por algumas operadoras de não incluir como consumo de dados o uso da rede para determinadas aplicações, tornando, portanto, seu uso gratuito para o consumidor. O uso gratuito da aplicação pode ser subsidiado pela operadora ou pelos detentores da aplicação, interessados em um maior acesso por parte dos usuários. A análise do tema torna a neutralidade mais complexa, pois a gratuidade do uso da internet pode resultar em um maior acesso por parte de consumidores de menores condições financeiras. Por outro, poderia aumentar o poder de mercado de aplicações com capacidade para financiar a prática, ou mesmo estabelecer uma maior influência das prestadoras de serviços de telecomunicações na internet, já que essas empresas poderiam incentivar o uso de aplicações que lhes fossem mais convenientes.

O artigo 9º da Lei nº 12.965 de 2014 estabelece a neutralidade da rede de maneira clara, vedando o tratamento diferenciado de pacotes de dados. Analisando a maneira pela qual o Marco Civil regulou o tema, não há dúvidas que a prática do *zero rating* não seria permitida pela legislação, por mais que devam ser considerados os seus benefícios. A lei previu apenas duas hipóteses de exceção para a neutralidade, casos de impossibilidade técnica de manter a isonomia da rede ou situações emergenciais. Não há como encaixar o *zero rating* em nenhuma dessas hipóteses. Por mais que se considerem os benefícios que a gratuidade do uso da rede pode trazer, o fato é que esse expediente estabelece uma diferenciação dos dados utilizados pelo consumidor, pois enquanto algumas aplicações serão utilizadas pelo consumidor de maneira gratuita, outras terão seu uso condicionado às condições normais do pacote comercializado.

Ainda na seara da regulação da oferta de internet banda larga no país, a ANATEL – agência nacional de telecomunicações - estabeleceu por meio da Análise nº 40/2016/SEI/OR, durante o trâmite do processo de n.º 53500.008501/2016-35, medida cautelar suspendendo a possibilidade de as empresas de telecomunicações realizarem qualquer tipo de limitação do uso da internet após o esgotamento da franquia de banda larga

---

Paper 779, v. 59, n. 3 p. 575-592, 2007. p. 576.

11 YOO, Christopher S. Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Broadband Competition? A Comment on the End-to-End Debate. **Journal of Telecommunications and High Technology**. Colorado: University of Colorado at Boulder, Issue 1 - Fall 2004 p. 60-80, p. 72.

fixa ofertada. A decisão possui caráter provisório, podendo ser alterada ao final do processo. Antes da ANATEL proferir a medida de caráter cautelar, não havia nenhum tipo de regulamento que dispusesse a respeito do assunto. Assim, as operadoras poderiam, em tese, impor limites após a utilização total do pacote de dados comercializado. Com a decisão, todos os pacotes de internet banda larga se tornaram provisoriamente ilimitados, restando como única variável capaz de diferenciar preços entre os consumidores, a velocidade da internet.

O conselheiro Otávio Luiz Rodrigues Junior citou em sua decisão a necessidade de a ANATEL analisar o tema de maneira mais aprofundada diante da repercussão social do assunto. O tema é delicado pois, novamente, envolve a dicotomia entre acesso e liberdade de uso para o consumidor. Natural supor que pacotes de internet ilimitados terão preço superior àqueles que impuserem uma franquia fixa de consumo com a eventual supressão do uso após o esgotamento dos dados disponíveis para o pacote comercializado.

Assim, enquanto a imposição de pacotes ilimitados aumenta a liberdade de uso para os atuais consumidores das empresas de telecomunicações, a ausência de pacotes limitados, que eventualmente poderiam ser vendidos a preços inferiores, resulta na exclusão dos consumidores que não possuem condições financeiras de arcar com o atual preço de dados pacotes disponíveis. No entanto, os possíveis impactos da decisão da ANATEL podem atingir até mesmo o setor produtivo, diante da possibilidade de um aumento exponencial do preço da internet, caso os pacotes venham a ser comercializados de acordo com os dados consumidos.

Um ponto comum encontrado na discussão a respeito de neutralidade da rede e dos modelos de comercialização de pacotes de internet banda larga se encontra na limitação que a atual infraestrutura da rede brasileira impõe ao acesso à internet por cidadãos e empresas. O desafio é que a interligação das redes ocorra de modo que a isonomia e o acesso deixem de ser tão contrapostos como são atualmente, diante das limitações da infraestrutura das redes.

### 3. UMA ANÁLISE ECONÔMICA

O setor de serviços de internet se comporta com uma indústria de rede, na qual operam falhas de mercado, como poder de mercado e externalidades, e, em especial, sendo que uma falha costuma ocorrer em função da outra.

Conforme a teoria tradicional de mercado, o modelo inicialmente mais simples de se estudá-lo é o de concorrência perfeita, no qual inúmeras empresas amplamente têm facilidade de entrar e sair do mercado e seu produto não possui nenhum diferencial. Desse modo, essas firmas não têm capacidade de fixar preços acima do custo marginal, isto é, o custo de oferecer uma unidade adicional do bem ou serviço.

Entretanto, em casos de poucos concorrentes, ocorre o fenômeno do poder de mercado<sup>12</sup>, que se definiria quando a(s) firma(s) produtora(s) acaba(m) por ter a habilidade de deixar de ser tomadoras passivas de preço (como nos modelos de concorrência perfeita) e pode(m) fixar preços *proporcionalmente* maiores, mas ainda de modo lucrativo. Quando há apenas um ofertante com essa capacidade, trata-se de um caso de

---

12 MAS-COLLEL, Andreu. WHINSTON, Michael. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press. 1995, p.383.

monopólio, e quando há mais de uma firma, trata-se de um oligopólio.<sup>13</sup>

Em termos gerais, poder de mercado é considerado uma falha de mercado por conta da dificuldade de fixar um único preço que consiga extrair o máximo de excedente possível dos consumidores, isto é, o preço maior que ainda consiga estimular os consumidores a comprar o produto. Se fixar o preço para extrair excedente dos consumidores que os têm mais alto, o monopolista/oligopolista perderá a demanda dos consumidores de menor excedente; enquanto se jogar o preço para extrair excedente de todos os consumidores, não conseguirá extrair totalmente o excedente dos consumidores de excedente superior ao mínimo disponível.

Por este motivo, há um peso morto de bem-estar, uma zona inalcançável de bem-estar onde seria possível melhorar alguém sem piorar ninguém. Portanto, o resultado do mercado não seria um ótimo social de Pareto, no qual cada pessoa teria o máximo de bem-estar possível sem piorar o outro.

Adicionalmente, a teoria aponta as externalidades como o caso no qual o bem-estar de um produtor ou consumidor é afetado diretamente pelas ações de outro agente na economia<sup>14</sup>, seja imputando-lhe um custo (externalidade negativa) ou um benefício (externalidade positiva).

Ambos os casos são considerados falhas de mercado pelo fato de o equilíbrio de mercado não gerar o ótimo social. No caso das externalidades negativas, o agente externalizador irá agir mais do que o bem-estar social possível, já que não é a totalidade do custo que ele arca, enquanto na externalidade positiva, o agente externalizador agirá menos do que o máximo de bem-estar social possível, já que ele arcará os custos de um benefício que não perceberá totalmente por si próprio.

No caso específico do serviço de internet, oligopólios surgem na infraestrutura especialmente por conta de barreiras legais à entrada (quando a regulação setorial explicitamente proíbe novos entrantes ou estipula exigências que impõem custos difíceis para novos entrantes), os altos custos fixos de formar fisicamente a rede e os ganhos de escala, uma vez a rede estabelecida.

Já as externalidades aparecem aqui de dois modos. A primeira é a externalidade positiva causada pelos efeitos de rede, que é definida por Katz e Shapiro<sup>15</sup> como o acréscimo de valor que um membro de uma rede auferir quando outros membros também integram a mesma rede, seja para interagirem diretamente, seja para viabilizar um mercado de suporte à rede. No entanto, é possível destacar que há também externalidade negativa no consumo de banda, tendo em vista que há congestionamentos quando há muitos usuários fazendo uso da internet ao mesmo tempo em atividades intensivas de banda, como o streaming de vídeos<sup>16</sup>.

---

13 Nota-se que apenas a presença de poucos produtores não garante o poder de mercado, tendo em vista a elasticidade da demanda (a facilidade dos demandantes não comprarem o produto) e a contestabilidade do mercado (facilidade de novos entrantes surgirem se houver aumento de preços).

14 Idem., p.352.

15 KATZ, Michael L. SHAPIRO, Carl. Systems Competition and Network Effects. **The Journal of Economic Perspectives**. Estados Unidos: American Economic Association. Vol. 8, No. 2 (Spring, 1994), pp. 93-115., p.94

16 Aqui, há uma distinção de abordagem da ideia de Silva, Leurquin e Belford (Op.cit., p.27-29) do congestionamento como um efeito de uma “Tragédia dos comuns”, isto é, o esgotamento de um recurso usado por uma quantidade grande de pessoas quando ninguém tem possibilidade de apropriar e gerir o bem (HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, vol. 162, No. 3859 dez/1968, pp. 1243-1248) ; as redes de internet possuem dono (os próprios provedores de serviço) e as discussões sobre neutralidade de rede se tratam de uma limitação à capacidade de gestão da rede pelo próprio provedor, o que deve levar em conta o risco de essa limitação causar efeitos semelhantes à Tragédia.



Por conta da externalidade negativa e da ineficiência do poder de mercado, os provedores de banda larga enfrentam um dilema na estipulação de preço: a cobrança de uma tarifa única mensal pelo serviço não faz distinção consumidores pouco e muito intensivos de banda de internet, sendo que a fixação de um preço alto para manter suave o consumo agregado de banda ao longo do tempo acaba por excluir muitos consumidores dos quais se poderia obter seu excedente, enquanto a fixação de um preço inferior que abarque o máximo de consumidores acaba subsidiando os consumidores de alta intensidade e estimula congestionamentos.

Por conta desses fatores, se faz necessário procurar soluções em precificações não-lineares. Como reconhece Robert Wilson<sup>17</sup>, a precificação não-linear tem ampla utilidade para firmas com poder de mercado poderem recuperar custos fixos em setores bastante regulados ou capital-intensivos (como é o caso do setor de rede de internet), ou para trazer um aspecto multidimensional dos serviços (no caso, a necessidade de desenhar preços acompanhando incrementos de performance).

O exemplo de precificação não linear tido como ideal em livros-texto é a discriminação de preços de primeiro grau, no qual as firmas conseguem fixar para cada cliente um preço igual àquele que extrai todo seu excedente, de modo a fixar de forma individualizada exatamente o preço máximo que cada cliente estará disposto a pagar. Nesse tipo de discriminação de preços, o resultado seria ótimo de Pareto, uma vez que toda área de excedente seria extraída em favor do produtor, enquanto os consumidores ficariam indiferentes. Entretanto, é sabido que esse tipo de discriminação é inviável, pois a firma não teria como saber as preferências exatas do consumidor.

Uma possível solução seria a estipulação de preços marginais por volume de dados consumidos. No entanto, é facilmente percebido o problema do risco de usuários que consomem poucos dados pagarem tão pouco por seu serviço que não daria para cobrir o custo fixo de instalação do serviço. Adicionalmente, um preço marginal uniformemente variado não faz distinção dos volumes de pico, quando uma quantidade considerável de usuários usa serviços intensivos de banda ao mesmo tempo e sobrecarregam a rede.

O exemplo real mais simples seria uma tarifa bipartite, na qual se cobra uma taxa fixa de acesso e uma precificação variável conforme o volume de dados consumidos. Essa precificação tem a vantagem de garantir a recuperação de custos fixos, mas ainda não diferencia horários de vale e de pico de consumo, e, portanto, não resolve o problema do congestionamento.

Em termos econômicos,<sup>18</sup> setores onde ocorre esse problema sofrem não apenas de crescimento da demanda durante horários ao longo do dia, mas também de custo marginal crescente, por conta das restrições de capacidade. Desse modo, o oferecimento de preços diferenciados em horários de pico serve para contingenciar a sobrecarga de capacidade, tanto estimular o oferecimento do serviço para aqueles que têm utilidade o bastante para oferecer preços superiores por ele, quanto para estimular o racionamento do recurso por parte do usuário, para que ele não seja excessivamente usado nos horários críticos.

---

17 WILSON, Robert. **Short Course on Non-Linear Pricing**. Estados Unidos: Electric Power Research Institute, 1991. Capítulo 2, p.50-51

18 PINDYCK, Robert S. RUBINFELD. Daniel L. **Microeconomia**. 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall. 2005, p. 336-338.



A precificação mais polêmica e que gera toda a discussão sobre neutralidade de rede é estipulação de pacotes de acesso a portais específicos (como portais de streaming de vídeos, streaming de música, redes sociais).

Uma firma de serviço de banda-larga funciona como uma plataforma<sup>19</sup> que liga provedores de conteúdo e usuários. Então, as firmas do setor de internet podem limitar e desenhar o acesso entre usuários e conteúdo, de modo a viabilizar a fixação de preços específicos para usuários de determinado conteúdo<sup>20</sup>.

A polêmica reside no fato de os provedores de conteúdo também funcionarem como plataformas que ligam seus usuários a outros provedores de conteúdo menores e se beneficiarem das externalidades de rede para agregarem cada vez mais usuários. Portanto, há uma tendência de criar monopólios de mercado<sup>21</sup>.

A diferenciação de preços acabaria entrando na fórmula como um catalisador desse processo de monopolização dos provedores de conteúdo, uma vez que imporá barreiras adicionais à entrada para novos provedores de conteúdo concorrerem com os estabelecidos e abrirá margem para que os provedores menores de conteúdo precisassem se submeter aos maiores e a pagar rendas monopolísticas a eles. Um exemplo ilustrativo seria um pacote de uso de internet grátis para Facebook, que acaba estimulando as pessoas a apenas utilizarem a rede social e qualquer canal de conteúdo que queira alcançar esse público seria impelido a funcionar por meio de uma fanpage em vez de poder criar um site próprio.

É por esse motivo que há grandes esforços regulatórios em proibir essa modalidade de diferenciação de preços (com o exemplo brasileiro do Marco Civil da Internet), com a alegação de oferecer ao usuário de internet maior autonomia na escolha de seu conteúdo.

A problemática comumente levantada a esse tipo de regulação é que não se leva em conta o poder de mercado que os próprios fornecedores de banda larga possuem e que o oferecimento desses pacotes representa maior acessibilidade a usuários de baixa renda aos conteúdos que consomem. A sua proibição obriga esses usuários a pagarem por acessibilidade de conteúdo de que não utilizam.

É importante para a argumentação de que os preços relativos dos bens/serviços cujo mercado opera em poder de mercado ainda são proporcionais aos seus custos marginais, em especial quando se trata da mesma elasticidade da demanda, ou seja, a mesma insistência da demanda de requerer o bem mesmo com preços maiores.

Serviços de internet, por serem todos oferecidos na mesma rede e possuem a mesma elasticidade de demanda, caso sejam discriminados, ainda teriam seus preços proporcionais ao quanto consomem de capacidade de banda. Caso contrário, haveria maior facilidade de novos entrantes ou até mesmo dos (poucos) concorrentes ofere-

---

19 Mercado de plataformas, ou de dois lados, são mercados onde as firmas agem como conectoras de usuários e fornecedores e os preços entre eles são estabelecidos de forma não-neutra, por conta de custos de transação e dificuldade de negociação direta. (ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. **The RAND Journal of Economics**, Vol. 37, No. 3 (Autumn, 2006), pp. 645-667, p.648-650)

20 A não-neutralidade da fixação de preços aqui fica clara pelo fato de ser extremamente difícil as empresas de banda larga cobrarem dos provedores de conteúdo pela veiculação aos usuários, seja porque os provedores são grandes demais que a ameaça de cortá-la prejudicaria a própria empresa, seja porque os provedores são pequenos demais para cobrar ou têm uma demanda muito elástica. Nesse sentido, as empresas de banda larga apenas podem cobrar seus custos de seus usuários.

21 O fato do serviço de banda larga também ser uma plataforma não garante que a externalidade de rede lhe garanta poder de mercado por si só, por conta da alta facilidade dos usuários de diferentes empresas interagirem entre si e trocarem de serviço.

cerem o pacote em específico em preços menores. É por conta desse fenômeno que surge a noção de zero-rating, no qual as operadoras oferecem gratuitamente pacotes de serviços a preço zero, tendo em vista a pouca banda que consome em relação ao volume agregado de dados.

Por conta da proporcionalidade dos preços dos serviços de internet com os custos marginais de uso de banda, uma discriminação de preços por pacotes não viria na direção de encarecimento generalizado dos serviços ou dos serviços mais utilizados (como era o receio tratado na justificação do marco civil<sup>22</sup>). Na verdade, o incentivo que se cria é de barateamento dos serviços que ocupam menos banda (como os de redes sociais) e encarecimento dos serviços intensivos de banda (gaming e streaming de vídeos).

Um dos dilemas da implementação da neutralidade de rede seria o subsídio implícito que essa arquitetura ofereceria aos serviços intensivos às custas dos menos intensivos, o que poderia fazer a internet menos acessível aos usuários casuais e traria desincentivos às empresas de efetuar investimentos na expansão da rede e gestão de congestionamentos. Contudo, estudos como o de Choi e Kim<sup>23</sup> também indicam que há desincentivos de investimento quando não há observância da neutralidade de rede no curto prazo, pois o desafogamento do tráfego de dados seria gerido primeiramente pelos sistemas de preços do que pelos gastos em investimento.

É possível argumentar, no entanto, que os investimentos seriam ineficientes de um ponto de vista dos horários de fluxo, uma vez a banda expandida pelos investimentos motivados pelos congestionamentos seria utilizada de forma ótima apenas durante os horários de pico, enquanto seria subutilizada fora desses horários. Os preços diferenciados serviriam para sinalizar novos investimentos e espaço para concorrentes no longo prazo, em setores focados da internet tendo em vista dos incentivos de trazer mais usuários para as redes e se beneficiar das externalidades positivas.

Por fim, um receio fundado da não-neutralidade de rede se dá nas chamadas integrações verticais, nas quais os provedores de serviço de internet aproveitariam as economias de escopo para também oferecer conteúdo exclusivo (como música ou TV) e limitar o acesso a concorrentes similares, de modo a causar uma cisão na rede de internet em pequenos 'feudos'.

Entretanto, além do fato de que essa verticalização possa vir em termos de serviços mais baratos aos clientes por conta das economias de escopo, a restrição de similares na rede é contraproducente em setores onde há externalidades de rede, por restringir a utilidade dos usuários de se beneficiarem de se relacionarem com clientes de outros provedores. Adicionalmente, tal verticalização é mais comum de ocorrer quando há barreiras à entrada a mais por conta de legislações, o que traria necessidade de rever estratégias regulatórias para possa haver maiores competidores no mercado<sup>24</sup>.

Por fim, uma outra problemática trazida por Christopher Yoo<sup>25</sup> é de que a imposição da neutralidade de rede representaria um levantamento a barreiras de entrada contra iniciativas de redes locais em áreas remotas, que posteriormente poderiam ser

22 MOLON, Alessandro. Fura-Fila. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 02/11/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/11/1365753-alessandro-molon-fura-fila.shtml>>. Acesso em 23/05/17.

23 Cf. CHOI, Jay Pil. KIM, Byung-Cheol. Net neutrality and investment incentives. **The RAND Journal of Economics**, Vol. 41, No. 3 (Autumn 2010), pp. 446-471.

24 YOO, Christopher S. Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Broadband Competition? Op.cit, p.55-59

25 Idem, p.59-67

integradas à rede mundial de computadores para se beneficiarem das externalidades de rede.

## 4. CONCLUSÃO

A regulação das redes envolve tanto aspectos econômicos, que terão impacto direto na maneira pela qual se tem acesso à internet no país, quanto aspectos jurídicos, relacionados às disposições legais que incidem sobre a área. No presente estudo analisou-se a maneira pela qual direito e economia incidem sobre a regulação da internet no país e quais serão as consequências jurídicas e econômicas das escolhas do legislador e da ANATEL.

O instituto da neutralidade tem como fundamentos a garantia de acesso isonômico à internet. Apesar de sua importância estratégica, uma análise interdisciplinar do sistema jurídico com a teoria econômica poderia relevar dilemas que devem ser levados em conta para evitar efeitos nocivos justamente contra aquilo que se visa com a lei: preservar a acessibilidade dos benefícios da internet para a grande população. Como reconhece Florian Schuett<sup>26</sup>, o panorama dos estudos sobre neutralidade de rede tende a oferecer resultados ambíguos quanto aos efeitos de bem-estar de seu implemento.

Do ponto de vista econômico, a ausência de isonomia resulta em benefícios para as empresas de telecomunicações que se beneficiam da possibilidade de ofertar pacotes de internet conforme a utilização da rede. Por outro lado, a legislação brasileira foi clara ao estabelecer a neutralidade da rede, o que resulta em uma limitação da flexibilidade para, por exemplo, disponibilizar aplicações de maneira gratuita para o consumidor por meio do chamado *zero rating*. A isonomia imposta pelo legislador busca privilegiar o interesse público, mas no caso do *zero rating* é possível que resulte na exclusão de potenciais beneficiários desse expediente, principalmente pessoas que não possuem condições financeiras de arcar com o preço dos pacotes convencionais.

O debate sobre a necessidade de uma imposição legal do princípio da neutralidade de rede revela um embate de priorização, ao menos no curto prazo, entre acessibilidade e igualdade nos serviços de rede. Este debate pode ser mitigado no longo prazo pelos incentivos das empresas definidos pelos efeitos de rede e pela minimização de custos pela competição para que as redes criadas possam se integrar e os usuários comuniquem entre si em planos mais acessíveis, o que conciliaria tanto igualdade como acessibilidade.

Outra possibilidade a ser estudada seria a de soluções conciliadoras, que auxiliem a gestão da rede e não violem a neutralidade, tal como uma política de entrada de novos concorrentes e o desenho de preços não lineares por preço de acesso e volume de dados consumidos, semelhante ao serviço de telefonia. Nesse caso, a solução atingiria também as regulações relacionadas à limitação dos pacotes de dados ofertados pelas empresas de telecomunicações. Atualmente nenhuma lei dispõe a respeito do assunto no Brasil, mas ANATEL estuda a possibilidade de vedar de maneira definitiva a oferta de pacotes de internet banda larga com limitação de dados. Inúmeros são os impactos da oferta de pacotes não-ilimitados, principalmente para empresas que possivelmente passariam a arcar com custos cada vez mais altos, com pacotes com preço definido pelo uso de dados. De modo geral, o caminho conciliador pode ter como resultado uma redução

---

26 SCHUETT, Florian. Network Neutrality: A Survey of the Economic Literature. **Review of Network Economics**. Vol. 9: Iss. 2, Article 1. 2010., p.11

a dicotomia entre acesso e liberdade de uso da internet.

## 4. REFERÊNCIAS

ANATEL. Análise N° 40/2016/SEI/OR Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <[https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador\\_publicacoes.php?acao=iframe\\_documento\\_visualizar&id\\_publicacao\\_legado=&id\\_documento=659399&id\\_orgao\\_publicacao=0](https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=iframe_documento_visualizar&id_publicacao_legado=&id_documento=659399&id_orgao_publicacao=0)>. Acesso em 05 de dezembro de 2016.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Brasília, df, 2004. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 28 de julho de 2016.

CHOI, Jay Pil. KIM, Byung-Cheol. Net neutrality and investment incentives. **The RAND Journal of Economics**, Vol. 41, No. 3 (Autumn 2010), pp. 446-471.

CINTRA, M. E. Neutralidade de Rede: o caso Comcast v. Netflix e o Marco Civil da Internet. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 145-170, maio 2015.

KATZ, Michael L. SHAPIRO, Carl. Systems Competition and Network Effects. **The Journal of Economic Perspectives**. Estados Unidos: American Economic Association. Vol. 8, No. 2 (Spring, 1994), pp. 93-115.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, vol. 162, No. 3859 dez/1968, pp. 1243-1248.

MAS-COLLEL, Andreu. WHINSTON, Michael. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press. 1995.

MOLON, Alessandro. Fura-Fila. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 02/11/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/11/1365753-alessandro-molon-fura-fila.shtml>>. Acesso em 23/05/17.

PIRES, Jorge Oliveira; VASCONCELLOS, Luís Fernando Rigato ; TEIXEIRA; Cleverland Prates. Neutralidade de rede: a evolução recente do debate. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**. Belo Horizonte: Biblioteca Digital, ano 4, n.7, jul./dez. 2009.

PINDYCK, Robert S. RUBINFELD. Daniel L. **Microeconomia**. 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall. 2005.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. O princípio da neutralidade de rede na Internet: uma análise regulatória e concorrencial. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 235-254, jul./dez. 2008.

PIRES, Jorge Oliveira. VASCONCELLOS, Luiz Fernando Rigato. TEIXEIRA, Cleveland Prates. Neutralidade de rede: a evolução recente do debate. **Biblioteca Digital Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jul. 2009

RAMOS, Pedro Henrique Soares. **Arquitetura da Rede e Regulação: A Neutralidade de Rede no Brasil**. 2015. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2015.

ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. **The RAND Journal of Economics**, Vol. 37, No. 3 (Autumn, 2006), pp. 645-667.

SILVA, Leandro Novais e. LEURQUIN, Pablo. BELFORT, André. Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede. **RDC**, Vol. 4, nº 1, Maio 2016, pp. 21-56

SCHUETT, Florian. Network Neutrality: A Survey of the Economic Literature. **Review of Network Economics**. Vol. 9: Iss. 2, Article 1. 2010.

TADELIS, Steven. WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economics**. Berkley: University of California. 2010.

TAUFICK, Roberto, Neutralidade De Rede, Concorrência Inovadora E Assimetria Regulatória. 2014. Available at **SSRN**: <https://ssrn.com/abstract=2541977>.

WILSON, Robert. **Short Course on Non-Linear Pricing**. Estados Unidos: Electric Power Research Institute, 1991. Capítulo 2.

YOO, Christopher S. Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Broadband Competition? A Comment on the End-to-End Debate. **Journal of Telecommunications and High Technology**. Colorado: University of Colorado at Boulder, Issue 1 - Fall 2004 p. 60-80.

WU, Tim. The Broadband Debate, A User's Guide. **Journal of Telecommunications and High Technology law**, v. 2, p. 69-96, 2004.

WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the internet neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo debate. **Faculty Scholarship**, Paper 779, v. 59, n. 3 p. 575-592, 2007.



# O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DA REDE À LUZ DA CIBERCULTURA

Otávio Iost Vinhas<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A abordagem multidisciplinar entre Direito, Tecnologia e Cultura vem se notabilizando cada vez menos como uma mera aproximação inovadora, proposta a instigar uma necessária reflexão a respeito das constantes modificações fáticas nas relações em sociedade. Nessa realidade, o caminho necessário a ser percorrido está direcionado à construção de um olhar conjuntamente autônomo entre as diferentes áreas do conhecimento, que permita ir além dos modelos paradigmáticos consolidados - principalmente os do campo do Direito. Assim, se torna inevitável, sob pena de um ambiente de insegurança jurídica, encadeada por um atraso institucional, gerando, deste modo, a ineficácia das normas vigentes frente à nova realidade<sup>2</sup>.

Dentro desse cenário, a cibercultura<sup>3</sup> representa um dos principais alicerces que dinamizam, em tempo real, os novos conflitos e questões que cotidianamente acontecem nas diversas esferas das nossas relações em sociedade. O tema que aqui será objeto de debate se relaciona justamente aos efeitos que esta, que denominamos uma nova forma de cultura, vem produzindo no plano das leis, apontando, especificamente, para uma leitura do princípio da neutralidade de rede através de um viés político-cultural. Isto é, em diferença às análises voltadas para o campo da economia, buscaremos produzir, através do apontamento, desde a fundação da internet, uma aproximação às características e efeitos propagados através do intermédio de um princípio de arquitetura de rede que determina a neutralidade estrutural no ecossistema da Internet.

Para isso, se procura apresentar diferentes perspectivas sobre o significado do ciberespaço, qual a natureza da sua fundação, a finalidade para a qual foi idealizado pelos seus criadores, bem como de que forma ele está consolidado atualmente sob a reflexão a partir das dinâmicas sociais que ocorrem, diariamente, na internet.

Com isso em vista, será proposta, ao final do trabalho, de que forma entende-se mais adequada a regulação da Neutralidade da Rede enquanto um valor essencial da fundação da internet. Embora, ainda assim, não exista um conceito pacífico quanto ao significado do fenômeno da cultura digital, o argumento vai de encontro de modo a resguardar, na medida do possível, o caráter livre e estruturalmente horizontal ao qual ainda se atribui à essa “nova mídia”.

## 2. CIBERCULTURA: definições e perspectivas

Para falar sobre Cibercultura, primeiramente é necessário mencionar que o seu fenômeno é objeto de um vasto número de interpretações, por diferentes campos do

---

1 Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Aluno Especial do Mestrado em Sociologia da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Advogado. E-mail: otavio.vinhas@gmail.com

2 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: FGV. 2005. p. 13.

3 Segundo André Lemos e Pierre Levy, a cibercultura é “o conjunto tecnocultural emergente no final do século XX impulsionado pela sociabilidade pós-moderna em sinergia com a microinformática e o surgimento das redes telemáticas mundiais; uma forma sociocultural que modifica hábitos sociais, práticas de consumo cultural, ritmos de produção e distribuição da informação, criando novas relações no trabalho e no lazer, novas formas de sociabilidade e de comunicação social”. LEMOS, André; LEVY, Pierre. **O Futuro da Internet: Em direção a uma ciberdemocracia planetária**. 1ª ed. São Paulo: Paulus. 2010. p. 21



conhecimento, sendo lançadas as mais diversas perspectivas sobre o tema. Assim, longe de estar pacificada, a noção de uma cultura emergida pela introdução das novas tecnologias de informação e comunicação, responsáveis por promover e difundir a organização das atividades e relações humanas através de uma dinâmica interrelacional entre indivíduos e máquinas, está longe de encontrar um consenso. Portanto, como ponto de partida, a fim de permitir a contemplação de diferentes posições filosóficas sobre o tema, adotaremos um conceito inicial de Cibercultura a partir da descrição de Francisco Rüdiger. Segundo ele, trata-se de “uma formação histórica de cunho prático e cotidiano”, provocada pelas redes de conexão telemáticas, cujas expansões estão criando um mundo próprio, que vem sendo acompanhado por um campo de interrogação intelectual dividido em várias tendências de interpretação<sup>4</sup>. Ao afinar melhor o conceito ciber, o autor diz que poderia ser definido como:

Afinando o conceito um pouco mais, poderia bem ser definida como a formação histórica, ao mesmo tempo prática e simbólica, de cunho cotidiano, que se expande com base no desenvolvimento das novas tecnologias eletrônicas de comunicação. (...) Nessa condição, o fenômeno seria explicado historicamente pela convergência do pensamento cibernético e da informática da comunicação.<sup>5</sup>

Para o autor, as diferentes visões interpretativas da cibercultura podem ser classificadas por três linhas distintas de abordagem, na figura dos “populistas tecnocráticos”, “conservadores midiáticos” e dos “ciber criticistas”<sup>6</sup>. Esse rol - que estaria relativamente associado ao que mais genericamente são chamados de ciberotimistas, ciberpessimistas e ciberrealistas - não pretende esgotar todas as correntes imaginárias da cultura digital, já que, não obstante, existem ainda diversos autores de vertentes acadêmicas mais especializadas que podem misturar elementos de mais de uma abordagem<sup>7</sup>.

## 2.1. O imaginário teórico da Cibercultura: otimistas, pessimistas e realistas

De acordo com os populistas tecnocráticos, as novas tecnologias de comunicação e informação aparecem de modo a precisamente consumir aquilo que McLuhan definiu como “o meio é a mensagem”<sup>8</sup>, ou seja, essa linha de pensamento acredita que as características do veículo de mídia atuam de modo determinístico quanto à forma de interação das plataformas e quanto ao conteúdo da comunicação. O resultado dessa relação no contexto da Cibercultura seria a interpretação do mundo pela metáfora de um mosaico (nichos), onde o olhar fragmentado sobre o real teria como consequência final a autonomia individual na esfera comunicativa<sup>9</sup>. Nessa ótica, autores como Henry Jenkins, Dan Gilmour e Howard Rheingold entendem que estamos em meio a uma revolução cultural, cujo princípio social mais importante é a determinação da estrutura midiática pelo seu próprio público.

Assim, a crescente difusão das mídias digitais atua de modo a distribuir, masivamente, um sistema conectado horizontalmente, conferindo maior autonomia ao in-

---

4 RÜDIGER, Francisco. **As Teorias da Cibercultura: Perspectivas, questões e autores**. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina. 2016, p. 7.

5 Idem, p. 11.

6 Idem, p. 26.

7 No mesmo sentido, André Lemos nomeia, no contexto da radicalização dos debates intelectuais, as diferentes correntes como tecnoutópicos, neoluddites e tecnorealistas, respectivamente. LEMOS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina. 2010, p. 246.

8 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006, p. 417.

9 LEMOS, André. **Cibercultura**: Op.cit., p. 20.

divíduo e, por efeito, vindo a reduzir o poder das grandes corporações multimídia<sup>10</sup>. Nesse sentido, Jenkins escreve que a Cibercultura abrangeria uma “cultura da convergência”, criando uma relação mútua entre mídias tradicionais e alternativas, na qual as pessoas tornam-se capazes de influenciar ativamente as decisões das empresas midiáticas<sup>11</sup>.

Por sua vez, a corrente que representa o “conservadorismo midiático” alinha-se na direção de que o advento das mídias digitais não são necessariamente um problema em si, mas sinalizam que a dimensão política potencializada por elas produz, diferentemente da noção de um movimento inevitável de democratização, possibilidades antagônicas de objetivar as dinâmicas sociais. Por essa linha, seguindo o pensamento de Evgeny Morozov, o caráter da Cibercultura poderá somente ser indicado através de uma “cuidadosa análise das forças não tecnológicas que constituem os ambientes que desejamos compreender ou transformar”<sup>12</sup>. Seguindo uma posição veementemente conservadora, Andrew Keen aponta que a cultura oferecida pela Web 2.0 estimula um campo marcado pela decadência moral do indivíduo, onde os padrões de comportamento passam a seguir princípios estimulados pelo narcisismo, que tendem a “sufocar a criatividade”. De acordo com Keen, os efeitos advindos desse modo de agir seriam responsáveis por causar uma exposição excessiva da privacidade, esconder o crescente sentimento de isolamento social, a padronização de parâmetros profissionais médios e um esvaziamento do discurso, que passou a enxergar as multidões como referência do que é verdadeiro e do que não é.<sup>13 14</sup>.

Por fim, os cibereticistas formam a visão fronteira entre os otimistas e os pessimistas. A corrente intermediária do imaginário social da técnica contemporânea pode ser parcialmente resumida pelo manifesto do movimento “tecnorrealista”, o qual adota oito pontos essenciais como os seus principais fundamentos<sup>15</sup>. Entre eles, constam a não neutralidade da tecnologia, a internet como revolucionária (mas não utópica), a importância do papel do governo e, de maneira geral, o fato de que a conexão e a informação, por si só, não se traduzem em conhecimento<sup>16</sup>. Consoante a isso, Lee Siegel concebe a Cibercultura em um processo dinâmico do capitalismo, representando “um estágio mais avançado coletivamente de um processo de colonização da consciência pelo mercado”, reprodutor de um padrão ainda mais potente de homogeneização cultural<sup>17</sup>. Esse efeito é atribuído às dinâmicas sociais do ciberespaço, em um cenário no qual o reconhecimento constantemente buscado pelos indivíduos tem a ver com a transformação de si em um produto, na tentativa de agradar a uma audiência imaginária, em troca de gratificação psicológica<sup>18</sup>.

Consideradas as três noções mais comumente empregadas sobre as transformações cotidianas geradas pelo “conjunto de técnicas (materiais e intelectuais) de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”<sup>19</sup>, conclui-se que a Cibercultura é um campo - assim

10 RÜDIGER, Francisco. **As Teorias da Cibercultura**: Op.cit., p. 34.

11 JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. 2ª ed. São Paulo: Aleph. 2009. p. 47.

12 RÜDIGER, Francisco. **As Teorias da Cibercultura**: Op.cit., p. 37.

13 Idem, p. 39.

14 A título de curiosidade, consoante a esse prenúncio, o termo “pós-verdade” está em efervescência nos debates sobre redes sociais e esfera pública, sendo eleito a “palavra do ano” de 2016 pelo dicionário Oxford. Em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/pos-verdade-e-eleita-a-palavra-do-ano-pelo-dicionario-oxford.ghml>>. Acesso em 10/12/2016.

15 LEMOS, André. **Cibercultura**: Op.cit., p. 248.

16 Idem. p. 249.

17 RÜDIGER, Francisco. **As Teorias da Cibercultura**: Op.cit., p. 49.

18 Idem. p. 50.

19 Definição da Cibercultura por Pierre Levy. Em: LEVY, Pierre. **Cibercultura**. 1ª ed. São Paulo: Ed. 34. 1999.

como vários outros - marcado por uma constante disputa discursiva, onde, pelo menos até o momento, não há como postular uma noção pretensamente objetiva sobre o seu significado. Portanto, observa-se imprescindível que - até para que se compreenda o caráter mutável da Cibercultura - sejam analisados, para além de uma mera percepção individual, o contexto (até mesmo territorial<sup>20</sup>) e a conjuntura social do sujeito que, momentaneamente, pretende defini-la. Por essa via, conforme pondera Rüdinger:

O controle racional sobre nossas circunstâncias, sobre a informação e a identidade, que ela aciona, o conhecimento e a capacitação que ela eventualmente nos proporciona, são inseparáveis do regime social e histórico mais abrangente em que se insere e, assim, de suas respectivas fantasias de poderio e realização<sup>21</sup>.

Por definição, resumindo as perspectivas expostas até aqui, por meio da classificação dos pontos de divergência entre as diferentes visões de uma cultura digital, são identificáveis, objetivamente, pelo menos três características essenciais da Cibercultura, as quais são objeto de controvérsia, a saber: causalidade (determinista, indeterminista), estrutura comunicativa (vertical, horizontal ou híbrida) e efeitos morais (progressivos, regressivos ou neutros).

Tendo isso em vista, o próximo capítulo irá explorar as raízes da Cibercultura, com o objetivo de resgatar, historicamente, a ideologia, bem como descrever os movimentos coletivos responsáveis pelo seu surgimento. Sobretudo, o que se buscará esclarecer são a quais valores e visões ideológicas a construção do ciberespaço está associada, de modo a, finalmente, deduzir sobre de qual forma e em que medida a fundação da internet está relacionada com princípio da Neutralidade da Rede.

## 2.2. A origem da Cibercultura: os cyberpunks

Conforme conta André Lemos, as raízes da Cibercultura podem ser encontradas na década de 1960, época em que - destaca-se - ganhou notoriedade o movimento da contracultura. A relação íntima entre uma ideologia de atitude liberal e tecnológica dos anos 60, com o que mais tarde passou a se denominar Cibercultura, encontra relação a partir do imaginário cyberpunk. Este último, que posteriormente se consolidou como uma subcultura, refere-se à atitude de jovens que, apesar de compartilharem de uma visão pessimista sobre o avanço da tecnologia, viam nela uma forma de lutar contra o poder.

A ação estratégica desenvolvida por eles tinha como base o constrangimento à autoridade e a busca pelo livre acesso à informação, de maneira a fomentar a apropriação individual das tecnologias, com a intenção de estimular a atitude punk do “faça você mesmo”, ou seja, emancipar o indivíduo para que ele seja capaz de controlar o próprio destino<sup>22</sup>.

A autonomia pretendida pelos cyberpunks passou efetivamente a se concretizar quando inventado o advento da microinformática - criada por radicais californianos, inspirados em princípios de cunho “tecno-místico-anarquista”. Nesse escopo, destaca-se,

---

20 Conforme Laura DeNardis, tópicos como acesso à internet e neutralidade da rede, por estarem localizados arquitetonicamente na “última milha” de conexão com a rede, estão relativos à jurisdições locais ou nacionais. DENARDIS, Laura. **The Global War for Internet Governance**. New Haven and London: Yale University Press. 2014, p. 28.

21 RÜDIGER, Francisco. **As Teorias da Cibercultura**: Op.cit., p. 289.

22 LEMOS, André. Apropriação, desvio e despesa na cibercultura. **Revista Famecos**. Porto Alegre, nº 15. Agosto 2001. p. 45. Disponível em <[revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3119/2392](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3119/2392)>. Acesso em 15/10/2016.

por exemplo, o surgimento do primeiro *modem* para computadores de uso pessoal, o qual foi inventado por dois estudantes de Chicago, em 1978, a despeito de todos os investimentos governamentais estadunidenses<sup>23</sup>.

Além disso, conforme relata Rüdinger, cabe destacar o lançamento da rede Well, criada por “ex-hippes e simpatizantes da contracultura do período anterior, juntamente com a tribo informática entusiasmada com o aparecimento da microinformática”. Essa iniciativa só foi possível justamente pela crescente popularização dos computadores, pouco tempo após o feito dos estudantes previamente mencionados<sup>24</sup>. Segundo Lemos, é a partir desses movimentos sociais que se concebe o nascimento da Cibercultura<sup>25</sup>.

Em conclusão, procurando ilustrar como os ideais cyberpunks estão agregados ao nosso contexto atual, Adriana Amaral<sup>26</sup> nos diz que “o legado cyberpunk encontra-se mais próximo do que imaginamos”, destacando a manifestação dele, basicamente, a partir de quatro frentes:

1) Estética – no cinema technoir, na moda (computadores vestíveis, tecidos inteligentes, etc), na música eletrônica e suas subculturas (principalmente nos últimos tempos, no chamado electro-rock, mistura de analógico com digital), nos games, na ciberarte de artistas como Stelarc, entre outros; 2) Mobilidade: no uso intenso das tecnologias móveis (iPods, celulares), Wi-Fi, Wireless, etc. 3) Novas Mídias e movimentos sociais: jornalismo colaborativo, wikis, jornalismo open source, propriedade intelectual, blogs, redes e softwares sociais, softwares livres, inclusão social, etc; 4) Biotecnologias: reconfigurações corporais, decodificação do DNA, Inteligência Artificial e processos cognitivos tecnológicos.

### 3. Neutralidade de Rede: da fundação à Cibercultura

A configuração estrutural (arquitetônica) de funcionamento da internet, conforme será relatada a seguir, não se deu tão somente por ferramentas dotadas de racionalidade técnica, mas por interesses e motivações de cunho político. Nesse sentido, observamos na obra de Lawrence Lessig a descrição de que o ambiente do ciberespaço possui o seu modo próprio de operacionalidade. Assim, o autor quer dizer que, de forma autônoma em relação ao mundo *offline*, a forma como a internet está estruturada define como toda a sua dinâmica de funcionamento é normatizada, medida pelo seu “código”, inerente à sua constituição enquanto tecnologia.

Segundo Lessig, esse código - que, segundo a sua explicação, é determinado pelas camadas estruturais das redes<sup>27</sup> -, se deixado sujeito apenas à tutela das regras de mercado, transformará a internet em uma rede de perfeito controle. Na visão do autor, a ausência de uma regulamentação através, por exemplo, da lei, pode permitir, por consequência, o desaparecimento dos valores de liberdade que um dia fundaram o ciberespaço<sup>28</sup>. É, portanto, em razão disso, que o sociólogo Manuel Castells reconhece a existência de uma batalha sendo travada em relação ao caráter das tecnologias de

23 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006, p. 86.

24 RÜDIGER, Francisco. **As Teorias da Cibercultura**: Op.cit., p. 17.

25 LEMOS, André. **Cibercultura**: Op.cit., p. 105.

26 AMARAL, Adriana. Visões Perigosas: Para uma genealogia do cyberpunk. **Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação**. Brasília, vol. 19, nº 1, jan-abr. 2016. p. 20. Disponível em: <<http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/81/81>>. Acesso em 10/12/2016.

27 Seguindo este modelo, importante mencionar a especificação elaborada por Lessig sobre o seu conceito de código. De acordo com Ronaldo Lemos, o modelo segue uma classificação dividida em três camadas: a estrutural, a lógica e a de conteúdo. A partir disso, existiriam quatro possíveis fatores com o potencial de ameaçar a liberdade no ciberespaço, a saber: a lei, as normas sociais, o mercado e o próprio código de arquitetura. LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Op.cit., p. 21.

28 LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books. 2006, p. 141. Disponível em: <<http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>>. Acesso em 10/12/16.

arquitetura da internet, tornando-a um terreno contestado, onde estaria envolvido, entre as partes conflitantes, inclusive, o poder judiciário<sup>29</sup>. É através da construção desse contexto que será abordada a relação da Cibercultura com o princípio da Neutralidade da Rede.

### 3.1. De volta à história: a adoção do protocolo TCP/IP

De volta à época em que a internet foi concebida, será apresentado, resumidamente - tendo em vista o princípio da neutralidade - quais eram os agentes envolvidos, bem como os seus interesses e objetivos por trás do desenvolvimento da internet. A finalidade será, basicamente, demonstrar quais os ideais defendidos pelos criadores da internet quando, racionalmente, traduziram valores de motivação política para funcionalidades de natureza técnica. Atentando a isso, o foco será dado, especificamente, para o tipo de arquitetura definida para a expansão das redes da época.

Seguindo a ótica de Manuel Castells, o surgimento da internet foi consequência de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e, a já mencionada, inovação contracultural<sup>30</sup>. Assim, paralelamente à rede para fins militares do governo dos Estados Unidos, cientistas e acadêmicos mobilizaram-se para “criar uma rede universal de computadores com acesso público, dentro de normas de ‘uso aceitável’”<sup>31</sup>.

Nesse projeto - que só veio a se dissociar definitivamente da agenda militar estadunidense em 1983, quando ocorreu a divisão entre a ARPANET e a MILNET -, era necessária uma alta capacidade de transmissão para construir uma teia de alcance mundial. Consoante a isso, Castells remonta que “o primeiro passo nessa direção foi a criação de um protocolo de comunicação que todos os tipos de redes pudessem usar - tarefa praticamente impossível no início da década de 1970”, contudo, apesar disso, em meados de 1973, Vinton Cerf e Robert Kahn criaram o que até hoje se constitui como a arquitetura fundamental da internet<sup>32</sup>.

Desse modo, a lógica de funcionamento da rede passou a seguir, a partir de 1978, a dinâmica gerada pela divisão entre os protocolos “TCP” (servidor-a-servidor) e “IP” (inter-redes) - conforme o invento mencionado. Assim, a tecnologia agora chamada de “TCP/IP” consolidou-se como o modelo padrão de comunicação entre os dispositivos localizados nos Estados Unidos que queriam conectar-se à rede. Tecnicamente falando, a principal funcionalidade do padrão arquitetônico angariado por esse protocolo estava na flexibilidade de conectar-se a diferentes camadas, capacidade de adaptação a vários sistemas e a uma diversidade de códigos, ainda ao parecer de Castells<sup>33</sup>.

### 3.2. A natureza end-to-end da internet e o surgimento dos conflitos

Conforme Tim Wu, a linguagem universal do protocolo TCP/IP (ou apenas protocolo da internet) é o que até hoje se conserva desde a fundação do ciberespaço. A linguagem traduzida nesse protocolo tem, como sua fiel base, a consciência revolucionária dos seus criadores. Com efeito, a intenção deles era clara: consolidar um “código” (e difundi-lo pelo globo) com base nos ideais libertários, tipicamente observados durante

29 CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar. 2003. p. 141.

30 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006, p. 82.

31 Idem, p. 86.

32 Idem, p. 84.

33 Ibidem.



os anos de 1960<sup>34</sup>.

Todavia, se o princípio de liberdade promovido pela linguagem de operação da rede é inerente à própria existência da internet, por que e como surgiu a discussão em torno de uma Neutralidade da Rede?

Afinal, a fácil usabilidade para conexão - responsável por difundir a internet por todas (ou quase todas) as partes do globo -, somada ao paradigma da informação como matéria-prima<sup>35</sup>, que garante a impossibilidade de intervenção no tráfego de dados, não seriam suficientes para que a abertura, horizontalidade e mesmo neutralidade da internet permanecem intactas?

A resposta está no que observamos a partir de Laura DeNardis, quando, em sua obra, relata a respeito dos diversos conflitos que envolvem a governança da internet<sup>36</sup>. A autora explica que, hoje, os operadores da rede possuem a capacidade para discriminar conteúdos, podendo vir a favorecer ou prejudicar um determinado conjunto de pacotes de dados em relação aos outros<sup>37</sup>. Nessa linha, ela descreve que os rápidos avanços tecnológicos da computação em rede possibilitaram o desenvolvimento da ferramenta chamada *deep packet inspection* (DPI), a qual foi designada com a finalidade de realizar práticas de gestão de tráfego, permitindo, assim, que entre as suas usabilidades, exista a capacidade de realizar discriminações ou até mesmo de bloquear o tráfego de dados de uma rede, utilizando como base o protocolo utilizado, endereço IP do dispositivo ou a plataforma de aplicação<sup>38</sup>.

É durante a efervescência desse cenário - o qual, obviamente, gerou controvérsias - que Tim Wu, no ano de 2003, irá primeiramente propor o conceito da Neutralidade da Rede. Inspirado fundamentalmente por um dos princípios históricos do ciberespaço aqui descritos, cuja herança vem da ideologia contracultural do cyberpunk: o *end-to-end*. Por esta referência, a ideia de Tim Wu consiste basicamente em manter a internet como uma plataforma de fomento à inovação, na qual o design da rede opera de forma indiferente ao conteúdo que trafega sobre as suas vias, mantendo, desse modo, um ambiente meritocrático para a competição<sup>39</sup>.

A ideia é de que uma rede pública de informações que se pretende o mais útil possível aspire a tratar igualmente todos os conteúdos, sites e plataformas. Isso permite que a rede transporte todo tipo de informação e suporte todo tipo de aplicativo. O princípio sugere que as redes de informação são mais valiosas quando elas são menos especializadas - quando elas são uma plataforma para múltiplos usos, presentes ou futuros (para aqueles que sabem mais sobre arquitetura de rede, essa descrição é similar ao princípio de rede conhecido como *end-to-end*. (tradução nossa)

Como exemplo ao conceito de Tim Wu, no que se refere à capacidade de in-

34 GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of a Borderless World. New York: Oxford University Press. 2006, p. 23.

35 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Op.cit., p. 108.

36 Segundo o conceito "oficial", criado pela Cúpula da Sociedade da Informação (ONU), a Governança da Internet é "o desenvolvimento e aplicação, por governos, pelo setor privado e pela sociedade civil - em seus respectivos papéis - de princípios, normas, regras e procedimentos de tomadas de decisão, bem como de programas que devem determinar a evolução e o uso da Internet". INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, **World Summit of the Information Society**. Geneva: International Telecommunication Union. 2005, p. 75. Disponível em <<https://www.itu.int/net/wsis/outcome/booklet.pdf>>. Acesso em 11/12/2016.

37 DENARDIS, Laura. **The Global War for Internet Governance**. New Haven and London: Yale University Press. 2014, p. 134.

38 Idem, p. 135.

39 Wu, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**. New York: Columbia University. Vol. 2. 2003. p. 146. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=388863](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863)>. Acesso em 15/10/16.



ovação estabelecida no protocolo *end-to-end*, Barbara Van Schewick<sup>40</sup>, ao defender a regulação da Neutralidade da Rede nos Estados Unidos, utiliza como exemplo a fundação do site eBay, ao descrever que, no momento em que o criador do site lançou a ideia de criar a plataforma, pessoas o aconselharam de que não seria uma boa decisão. Ela utiliza esse caso para demonstrar como o princípio da Neutralidade da Rede possibilita um ambiente próprio para a inovação, a partir da viabilidade de assumir riscos a qual é permitida pelo seu ecossistema<sup>41</sup>.

A autora cita os três aspectos fundamentais para que tais benefícios possam, continuamente, seguir sendo abstraídos da internet. Primeiro, um inovador não precisa convencer o administrador do meio (a rede) para estabelecer o seu negócio. Em segundo, o ambiente permite ao usuário ampla liberdade para, de maneira fácil e rápida, comprar ou instalar uma aplicação. O terceiro é justamente o baixo custo necessário para investir em uma inovação a partir da internet<sup>42</sup>.

Finalizando, ainda sob essa perspectiva, Van Schewick é mais uma voz que destaca a importância da natureza *end-to-end*<sup>43</sup> do padrão de funcionamento da internet. Ela parte da sua análise econômica do direito para salientar os benefícios sociais promovidos pela Neutralidade da Rede. Além do que já foi citado, o princípio de uma rede neutra promove um ambiente de negócios heterogêneo, com a capacidade de - através da tecnologia -, além de facilitar o desenvolvimento de novas aplicações, aproximar a relação entre inovadores e consumidores, tendo como resultado final um significativo crescimento econômico<sup>44</sup>.

### 3.3. Cibercultura e Neutralidade de Rede: uma relação necessária

Pelas palavras de Pedro Henrique Soares Ramos, a Neutralidade da Rede pode ser classificada como “um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo ou origem”<sup>45</sup>. Relativo ao conceito, é possível categorizar dois tipos de gradações em que se pode caracterizar a regra da neutralidade: a radical e a flexível<sup>46</sup>. A radical seria a “impossibilidade das redes de telecomunicações que suportam o tráfego de internet adotarem uma política de gestão de tráfego”. Daí é possível perceber que, além de praticamente proibir a prática do *traffic shapping*, os administradores da rede estariam sujeitos a uma regra de tipo *ex ante*, que significa dizer que a regulação da neutralidade se dá *a priori*. Por outro lado, a abordagem flexível pretende um modelo de interpretação da Neutralidade da Rede a partir de uma gestão “de maneira apenas a vedar discriminação de preços que não

---

40 VAN SCHEWICK, Barbara. **Opening Statement at the Federal Communications Commission's Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet**. WC Docket nº 07-52. GN Docket nº 09-191. Cambridge: Stanford Law School. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>>. Acesso em 10/11/2016.

41 Ibidem.

42 Ibidem.

43 VAN SCHEWICK, B. Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. **Journal on Telecommunications and High Technology Law**, v. 5, p. 329-392, 2007, p. 338. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=812991](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812991)>. Acesso em 11/12/2016.

44 Idem, p. 386.

45 RAMOS, Pedro. Neutralidade da Rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. LEITE, Jorge Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 166.

46 NOVAIS E SILVA, Leandro; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André. **Os acordos de zero-rating e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede**. p. 3. Disponível em: <[https://www.academia.edu/25556862/Os\\_acordos\\_de\\_zero\\_rating\\_e\\_seus\\_impactos\\_concorrenciais\\_os\\_limites\\_da\\_regulacao\\_da\\_neutralidade\\_de\\_rede](https://www.academia.edu/25556862/Os_acordos_de_zero_rating_e_seus_impactos_concorrenciais_os_limites_da_regulacao_da_neutralidade_de_rede)>. Acesso em 11/12/2016.

gerem eficiências econômicas”<sup>47</sup>, de modo que as mecânicas de intervenção da regra da neutralidade se efetuará *a posteriori* (*ex post*).

Dito isso, para os fins deste trabalho, o conceito de Neutralidade de Rede adotado vai em direção a uma regulação de rede a partir do estabelecimento de um princípio genérico, visando, obviamente, a não intervenção no tráfego de dados. A posição aqui adotada assemelha-se à forma como está posta no Marco Civil da Internet<sup>48</sup>, inclusive quanto às exceções previstas, reconhecendo-se o caráter extraordinário que podem adquirir de eventuais ocasiões emergenciais, bem como quanto aos requisitos técnicos, a se mencionar a necessidade de tratar desigualmente serviços de naturezas distintas.

O que veremos é que, inspirando-se em Castells<sup>49</sup>, a internet como a conhecemos, caso permitido aos administradores das redes o poder de escolha sobre quais conteúdos podem ou não podem integrar o ciberespaço - assim como determinar sob qual velocidade dados de mesma natureza ou origem e destino irão trafegar -, passará a ser significada por paradigmas tecnológicos outros, que não os quais atualmente conhecemos que os administradores das redes determinem quais conteúdos podem integrar-se.

Como podemos concluir de André Lemos, a natureza arquitetônica da internet foi sistematizada por uma ação coletiva de caráter subversivo, que teve por resultado o modelo sistêmico determinado estruturalmente pela microeletrônica - que até hoje prevalece como uma ideia de maior acesso à informação, liberdade de expressão e privacidade<sup>50</sup>.

Nesse sentido, entendendo a Cibercultura como um território conflitante, um entendimento consensual a respeito do significado da Neutralidade da Rede, bem como suas formas e proporções de aplicabilidade não se faz possível, pelo menos não até o momento. A cultura da internet, todavia, não deixará de existir, independentemente do modelo de arquitetura adotado. Porém, a não preservação dos seus ideais originais, ou, repetindo Lessig<sup>51</sup>, a ausência de uma intervenção sobre as regras de mercado, pode vir a concretizar as premissas da corrente pessimista da Cibercultura.

Por fim, propondo uma reflexão maior sobre o significado que a Cibercultura pode adquirir no desenvolvimento cotidiano das dinâmicas sociais, citamos Luca Belli<sup>52</sup>, em seu trabalho sobre Neutralidade da Rede e Direitos Humanos:

Assim, o tratamento não discriminatório ordenado pelos princípios da Neutralidade da Rede parecem instrumentais não apenas para facilitar o gozo pleno dos direitos fundamentais, mas, da mesma forma, para garantir a “abertura e a equidade”, bem como o “controle descentralizado, empoderando os nós-usuários e compartilhando de recursos que representam o “espírito da Internet”, conforme reconhecido pela própria comunidade técnica da Internet.

---

47 Idem.

48 BRASIL, Marco Civil da Internet. Lei 12.965/2014. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 15/10/16.

49 CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006, p. 113.

50 LEMOS, André. **Cibercultura**: Op.cit., p. 105.

51 LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. Op.cit., p. 141.

52 BELLI, Luca. **Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet. General Introduction: Towards a Multistakeholder Approach**. Rio de Janeiro: FGV. 2016, p. 23.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje, observa-se claramente o papel fundamental que práticas, inicialmente entendidas como subversivas, exerceram, por meio de suas convicções, diretamente no desenvolvimento tecnológico da internet, que, nesse entendimento, validou que os próprios usuários tornem-se os protagonistas da rede. É a partir dessa liberdade para atuar ativamente e de maneira autônoma que, dentro de um ambiente no qual todos os atores estão sujeitos às mesmas normas - e portanto, possuem a mesma capacidade de interação, produção de informações e conteúdos -, a prática do hacking passou a ser não mais um privilégio dos entusiastas da rede, mas uma herança comum a todos os usuários da internet, que o preservam diariamente como seu principal símbolo<sup>53</sup>.

É inequívoca e notória, portanto, a referência resgatada pelo princípio da neutralidade da rede - em argumento a uma arquitetura genérica e isonômica -, aos ideais da já mencionada contracultura cyberpunk, que busca, através da regulamentação pela via democrática, a positivação dos valores que fundaram o ciberespaço, em direção a preservar ou permitir continuidade para uma atitude social de apropriação criativa das novas tecnologias<sup>54</sup>.

A constante oposição dicotômica de uma narrativa de dominação tecnocrata e a da conquista de uma liberdade emancipatória vem a expor apenas o caráter não essencial da Cibercultura. Afinal, seu significado não se dá de outra forma senão por um campo marcado por constantes conflitos, originados por interesses dos mais diversos setores da sociedade. Aqui vale mencionar o que, acertadamente, pontua Donna Haraway:

[...] a tecnologia contemporânea se presta às empresas de controle e exploração conduzidas pelos sistemas de poder vigentes, mas também pode nos ajudar a transformar em sentido libertário nossas experiências com nossa cultura, nosso trabalho, nosso modo de vida, nossas relações sociais e nossas identidades individuais. O predomínio do que chama de informática de dominação não exclui a possibilidade de emprego das novas tecnologias com o objetivo de mudar as regras do jogo, fazer emergir novos prazeres, situações sociais e relações de poder<sup>55</sup>.

Nesse escopo procura-se compreender, a partir da investigação dos valores fundantes da internet, bem como através das dinâmicas sociais estabelecidas na rede -, uma direção necessária para uma possibilidade reflexão acerca dos seus códigos e perspectivas normativas, incluindo-se aí, além da atividade dos usuários, tanto os padrões técnicos de sua arquitetura quanto as próprias leis que regulam as suas regras.

Por fim, pelo exposto, entende-se que algumas das características descritas da Cibercultura já encontram-se, inclusive, incorporadas, por exemplo, no Marco Civil da Internet<sup>56</sup>, como em seus artigos introdutórios, concernentes à “disciplina do uso da internet”. Aliás, não por acaso tais acepções foram consolidadas no Marco Civil, uma vez que sua aprovação se deu em um processo legislativo marcado por uma notável participação da sociedade usuária da internet. Porém, em consideração ao contexto brasileiro atual, a regulação da internet, de forma geral, ainda é costumeiramente pautada por embates ideológicos que desconsideram a complexidade normativa do ciberespaço.

53 LEMOS, André. Apropriação, desvio e despesa na cibercultura. *Revista Famecos*. Porto Alegre, n° 15, Agosto 2001. p. 48. Disponível em <[revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3119/2392](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3119/2392)>. Acesso em 15/10/2016.

54 Idem. p. 259.

55 RÜDIGER, Francisco. *As Teorias da Cibercultura*: Op.cit., p. 117.

56 Arts. 2º, 3º e 4º do Marco Civil da Internet. BRASIL, *Lei 12.965/2014*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 10/12/16.

Dito isso, buscou-se, através de uma aproximação multidisciplinar, um aprofundamento a respeito dos valores e comportamentos expostos pelos usuários da internet, de modo a propor uma visão histórica e cultural sobre as práticas e conceitos que regulam as relações sociais no âmbito do ciberespaço, com o objetivo de contribuir na formulação de princípios norteadores para este debate tão essencial para a internet, que é o da Neutralidade da Rede.

## 4. REFERÊNCIAS

AMARAL, Adriana. Visões Perigosas: Para uma genealogia do cyberpunk. **Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação**. Brasília, vol. 19, nº 1, jan-abr. 2016. p. 1-20. Disponível em: <<http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/view/81/81>>. Acesso em 10/12/2016.

BRASIL, **Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 15/10/16.

\_\_\_\_\_, **Decreto nº 8771 de 11 de Maio de 2016**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm)>. Acesso em 15/10/16.

BELLI, Luca. Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet. **General Introduction: Towards a Multistakeholder Approach**. Rio de Janeiro: FGV. 2016. Páginas 13-27.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra. 2006.

\_\_\_\_\_, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar. 2003.

DENARDIS, Laura. **The Global War for Internet Governance**. New Haven and London: Yale University Press. 2014.

G1. **Pós-verdade' é eleita a palavra do ano pelo Dicionário Oxford**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/pos-verdade-e-eleita-a-palavra-do-ano-pelo-dicionario-oxford.ghtml>>. Acesso em 10/12/2016.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World**. New York: Oxford University Press. 2006.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. 2ª ed. São Paulo: Aleph. 2009.

LEMOS, André. Apropriação, desvio e despesa na cibercultura. **Revista Famecos**. Porto Alegre, nº 15, Agosto 2001. Páginas 44-56. Disponível em <[revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3119/2392](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3119/2392)>. Acesso em 15/10/2016.

\_\_\_\_\_, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 5ª ed. Porto Alegre: Sulina. 2010.

\_\_\_\_\_, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: FGV. 2005.

LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books. 2006. Disponível em: <<http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>>. Acesso em 15/10/16. LEVY, Pierre. **Cibercultura**. 1ª ed. São Paulo: Ed. 34. 1999.

NOVAIS E SILVA, Leandro; LEURQUIN, Pablo; BELFORT, André. **Os acordos de zero-rating**

**e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede.** p. 3. Disponível em: <[https://www.academia.edu/25556862/Os\\_acordos\\_de\\_zero\\_rating\\_e\\_seus\\_impactos\\_concorrenciais\\_os\\_limites\\_da\\_regula%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_neutralidade\\_de\\_rede](https://www.academia.edu/25556862/Os_acordos_de_zero_rating_e_seus_impactos_concorrenciais_os_limites_da_regula%C3%A7%C3%A3o_da_neutralidade_de_rede)>. Acesso em 11/12/2016.

RAMOS, Pedro. Neutralidade da Rede e o Marco Civil da Internet: um guia para interpretação. LEITE, Jorge Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. Páginas 165-187.

RÜDIGER, Francisco. **As Teorias da Cibercultura: Perspectivas, questões e autores**. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina. 2016

VAN SCHEWICK, Barbara. **Opening Statement at the Federal Communications Commission's Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet**. WC Docket nº 07-52. GN Docket nº 09-191. Cambridge: Stanford Law School. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>>. Acesso em 10/11/2016.

\_\_\_\_\_. **Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation.**

Journal on Telecommunications and High Technology Law, v. 5, p. 329-392, 2007, p. 338. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=812991](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812991)>. Acesso em 11/12/2016.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, **World Summit of the Information Society**, Geneva: International Telecommunication Union. 2005. Disponível em <<https://www.itu.int/net/wsis/outcome/booklet.pdf>>. Acesso em 11/12/2016.

WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**. New York: Columbia University. Vol. 2. 2003. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=388863](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863)>. Acesso em 15/10/16.





# SERVIÇO NOTARIAL E REGISTRAL ALINHADO À ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

Rafael Neves Guardiani<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Diante da necessidade portuguesa de ocupar a sua colônia no Novo Mundo, o rei Dom João III outorga Capitanias Hereditárias, fazendo uso das Cartas de Sesmarias. Assim, dá-se a primeira atividade registral brasileira, a qual permanece isolada durante anos, até que em 1850, o Governo Geral implementou a lei 601, regulamentada pelo Decreto 1.318, de 1854.<sup>2</sup> Tal lei estabelecia que os colonos deveriam registrar nos livros das paróquias católicas, ou como vulgarmente ficaram conhecidos “registros dos vigários”, não somente as posses, como ainda as eventuais transferências de terras.<sup>3</sup>

Daí em diante, tal serviço entrou em contínuo processo de aperfeiçoamento, visando adaptar-se às novas necessidades da população. Contudo, a sua presente atuação é largamente criticada e pouco se adequa às recentes inovações tecnológicas. Isso porque a sociedade contemporânea está inserida em um contexto de globalização, cujas atividades dão-se, em sua grande maioria, de forma rápida e digital. Dessa maneira, os registros físicos em cartórios são vistos como resquícios obsoletos do século passado, os quais retardam atividades econômicas e sociais.

Destarte, alguns países já trabalham para superar essa instituição tão ultrapassada, recorrendo, assim, a modernas tecnologias como o Blockchain (cadeia de blocos). Nesse sentido, Honduras busca verificar legitimidade de documentos públicos empregando a mesma ferramenta usada para autenticar o comércio de Bitcoins (criptomoedas).<sup>4</sup> A Estônia, por sua vez, tem projetos para expandir a sua vanguardista cidadania digital usando a mesma tecnologia para suas eleições.<sup>5</sup> Mesmo, inicialmente, tornando-se alvo de apreensão do mercado, no decorrer dos anos conseguiu provar a sua solidez e seguridade.

Não obstante, é mister salientar que a utilização de tal dispositivo está em completa harmonia com os princípios do Direito Administrativo estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal<sup>6</sup>, tais como: publicidade, eficiência e impessoalidade. Além disso, seu emprego acarretaria em maior veiculação de informações e segurança de arquivamento, satisfazendo preceitos almejados na Lei Nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, responsável pelos serviços notariais e de registros.

---

1 Graduando em Direito pela UFRN. Membro do Grupo de Estudos de Direito da Internet (UFRN). E-mail: raguadiani@hotmail.com.

2 Lei nº 601, regulamentada pelo Decreto 1.318, de 1854

3 **A HISTÓRIA DOS CARTÓRIOS NO BRASIL**. 2011. Disponível em: <<http://cartorios.blog.br/?p=37>>. Acesso em: 08 out. 2016.

4 HIGGINS, Stan. **Factom Partners With Honduras Government on Blockchain Tech Trial**. 2015. Disponível em: <<http://www.coindesk.com/factom-land-registry-deal-honduran-government/>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

5 CELLAN-JONES, Rory. **Becoming a virtual Estonian**. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/technology-36276673>>. Acesso em: 08 out. 2016.

6 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.



## 2. BLOCKCHAIN

### 2.1. CONCEITO OPERACIONAL

A Blockchain é uma plataforma tecnológica criada para executar a criptomoeda Bitcoin, sendo ambas (supostamente) desenvolvidas por Satoshi Nakamoto em 2008. O funcionamento de tal tecnologia dá-se de maneira análoga ao de um livro-razão, isto pois, armazena na rede, de forma descentralizada, cronológica e irreversível, todas as transações compiladas e validadas.

Os blocos presentes na rede são compostos por um cabeçalho somado à uma lista de transações pelos “mineradores”. Cada um desses blocos possui em seu cabeçalho um código identificador exclusivo (*hash*), o qual atua como um elo criptografado entre eles. Dessa forma, ao passo que a cadeia de blocos cresce, o esforço necessário para invadir um bloco torna-se espontaneamente maior do que ao seu subsequente, o que garante uma máxima segurança à Blockchain.

Os mineradores, por sua vez, são pessoas comuns que possuem um hardware adequado, acesso à internet e tempo disponível para resolver as fórmulas matemáticas responsáveis por dar autenticidade às transações. O nível de dificuldade de cada fórmula varia de acordo com a quantidade de força computacional empregada, assim, o sistema garante uma média regular de dez minutos por operação.<sup>7</sup>

A mineração não é uma operação gratuita, seus responsáveis são recompensados com Bitcoins, o que vêm gerando uma grande modernização dos computadores designados para essa tarefa. Isso pois apenas o primeiro a solucionar o problema proposto é recompensando, o que não significa dizer que o trabalho em equipe seja vedado. Na verdade, com aumento da popularidade dessa atividade, muitos mineradores passaram a atuar em conjunto sendo recompensados proporcionalmente pelo tempo trabalhado. Ademais, todos os computadores empenhados na mineração possuem uma cópia integral da cadeia de blocos (incluindo todas as transações já realizadas), a qual é automaticamente baixada logo na primeira mineração.

Além disso, é válido salientar que o Blockchain não se restringe apenas à circulação de criptomoedas, seu potencial é muito mais amplo, podendo ir desde políticos, artísticos até humanitários. Sendo assim, ele subdivide-se em três versões: Blockchain 1.0, com finalidade econômica; Blockchain 2.0, voltado para autenticação de contrato; e a Blockchain 3.0, com um escopo político.<sup>8</sup>

### 2.2. ECONOMIA COLABORATIVA

A rede da Blockchain é composta, entre outras funções, por mineradores e clientes, os quais podem ser chamados de “nós”. Entre eles, não há qualquer sistema de hierarquia, contudo, fornecem diferentes recursos à rede. A partir da ideia de colaboração surge o conceito de economia colaborativa, caracterizando-se como:

Um sistema econômico de redes descentralizadas que desbloqueiam os valores de ativos subutilizados, combinando o que determinadas pessoas possuem com as necessidades de outras pessoas sem a utilização de

7 MARCO AGNER. **Bitcoin para Programadores**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://itsriodejaneiro.gitbooks.io/bitcoin-para-programadores/content/index.html>>. Acesso em: 05 out. 2016.

8 SWAN, Melanie. **Blockchain: Blueprint for a New Economy**. Estados Unidos da America: O'reilly Media, 2015. 152.

Nesse sentido, a economia colaborativa torna-se fundamental na relação direta entre indivíduos, eximindo-os da necessidade de confiar numa terceira parte intermediária, como bancos ou cartórios. Dessa maneira, também ficou conhecida como sistema *peer-to-peer (p2p)*, o qual aproveita a capacidade ociosa de determinados bens e pessoas por meio do compartilhamento.

Evidentemente, a Internet já desempenha um papel significativo na descentralização de organizações, contudo, muitas das polarizações que até mesmo antecedem sua criação, ainda vigorem. Desse modo, para dar sequência ao processo de despolarização, indica-se a Blockchain como candidata ideal.

Contudo, como não era diferente de se esperar, é fato que as inovações disruptivas costumam ser alvo de apreensão por parte da sociedade. Ordinariamente, indaga-se se o novo sistema proposto garante a mesma segurança e privacidade do que o anterior. Destarte, tais desconfianças impõem ao governo a necessidade de criar medidas e agências reguladoras. Não somente, os antigos prestadores do serviço modernizado também costumam fazer *lobby* para que a regulamentação diminua a vantagem competitiva da nova tecnologia. Foi assim entre os motoristas de Uber e os de táxi e não há motivos para crer que entre os tabeliões e a Blockchain seja diferente.

De todo modo, no caso dos cartórios em particular, não existem motivos para impedir que se reimplementem aspectos tradicionais do serviço de notarial e registral, usando a recurso de cadeias em bloco. É possível atingirmos os benefícios das estruturas corporativas tradicionais, enquanto mantém-se a flexibilidade e a escala informal de grupos *online*.

### 3. A CONGRUÊNCIA ENTRE A BLOCKCHAIN E O DIREITO ADMINISTRATIVO

#### 3.1. A CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS

Os cartórios têm sua origem na necessidade de se registrar e autenticar produções humanas com respaldos jurídicos. Todavia, sua vigência é colocada em xeque quando questionado como concilia-se uma instituição criada no período colonial com as demandas da sociedade atual. Isso porque vivemos em um contexto globalizado no qual as decisões econômicas são internacionalizadas e os limites territoriais tornam-se cada vez mais tênues, caracterizando-se como multicausal, multidimensional, multitemporal e multicêntrico. Desse modo, ao mesmo tempo que as escalas nacionais são relativizadas, ampliam-se e intensificam-se as relações sociais, o que pode comprometer as tradicionais instituições burocráticas ofertadas pelo Estado:

[...] tendem a perder a capacidade de ordenar, moldar, conformar e regular a economia e de reduzir incertezas, estabilizar expectativas e gerar confiança na sociedade.<sup>10</sup>

9 BOTSCHAN, Rachel (2014). **The Collaborative Economy**. Disponível em <<http://rachelbotsman.com/thinking/>>. Acesso em 10/12/2016.

10 FARIA, J. E. C. O. . A globalização econômica e sua arquitetura jurídica. **Revista Academia Judicial - Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Florianópolis, 01 dez. 2010.

Faria define algumas tendências de mudança no direito positivo. A primeira é a incompatibilidade entre a concepção de tempo adotada pelo Direito e a concepção preponderante nas decisões internacionais proporcionadas pelo avanço das telecomunicações. Visto isso, podemos afirmar que as decisões são frequentemente instantâneas, ou até mesmo simultâneas, não se limitando à conceitos como fusos horários ou fronteiras.<sup>11</sup>

Exposto esse cenário, podemos afirmar que o anciloso das normas e das instituições públicas compromete a regulação das relações humanas. Nesse sentido, o Direito Administrativo estabeleceu princípios abrangentes que não se limitam à realidade do período de sua emanção. Assim sendo, ainda serão plenamente respeitados independentemente da modernização das relações sócias. O artigo 37 da Constituição Federal elucida-os: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.<sup>12</sup>

Diante dos princípios trazidos pelo texto constitucional, não se evidencia nenhum ponto que impeça a implementação da Blockchain na atividade notarial e registral. Avaliando a matéria mais a fundo, partindo do primeiro princípio - legalidade- é válido pensar que um de seus aspectos revela a impossibilidade da administração pública fazer algo que não esteja positivado, diferentemente do que ocorre entre os particulares, que são lhe são permitidos o que a lei não proíba.

Ora, se a Blockchain é uma produção humana, desprovida de autonomia, é inconcebível que ela realize alguma ilicitude ou que contrarie os seus comandos originários. Tal ferramenta enquadra-se perfeitamente nesse modelo, obedecendo fielmente às leis, sem a menor capacidade criativa e sendo um mero executor da sua programação. O princípio subsequente é o da impessoalidade. Novamente, não vemos melhor exemplo de tal atributo do que um computador ou programa. Não há como afirmar que a Blockchain seria capaz de favorecer alguma parte e discriminar outra, visto que sua condição impede-a de produzir algum juízo valorativo ou de simplesmente possuir uma subjetividade, o que seria essencial para tornar-se partidária.

Quanto ao próximo princípio, pode-se afirmar que a Blockchain seguirá a moral, incondicionalmente, quando assim programada, compondo algo bem semelhante à interpretação do princípio da legalidade. Já no que concerne ao princípio posterior, a curta experiência humana de interação com o meio digital compõe fundamento suficiente para defender o potencial de transparência oferecido pela *internet*.

Levando em consideração as imediatas necessidades modernas explanadas, torna-se inadmissível concluir que um cartório físico, e por conseguinte, limitado às leis de tempo e espaço, possa oferecer a mesma publicidade ofertada no meio virtual. Por último, resta examinar o princípio da eficiência, o qual é apontado por Oliveira como a preservação do interesse público.<sup>13</sup> Contudo, é natural questionar sobre a qualidade oferecida para satisfazer esse interesse, uma vez que algumas ferramentas podem mostrar-se mais efetivas do que outras. Seguindo essa linha de pensamento, adotamos

---

11 OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e base de dados como objetivos da regulamentação do uso da internet no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). **Marco civil da internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 300.

12 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

13 OLIVEIRA, Op.cit., p. 301.

a ideia de que “economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo princípio da eficiência”<sup>14</sup>

## 3.2. DETALHAMENTO DO CONCEITO DE EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Ademais, aprofundando o estudo a respeito do princípio da eficiência, torna-se produtivo expor a ideia do atual Ministro da Justiça:

Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.<sup>15</sup>

Respeitando esse pensamento, segue-se firmemente na defesa da Blockchain como uma substituta ideal dos cartórios. Isto porque entende-se não ser possível conciliar a burocracia presente nos cartórios com as atuais demandas sociais, nem tão pouco com o conceito de eficiência supracitado. Não obstante, reafirma-se o caráter transparente da Cadeia de Blocos digital, que, por sua vez, resulta em um potencial maior de participação cidadã. Outrossim, a aplicação da cadeia aqui defendida permitiria uma redução dos gastos tanto do setor público quanto do privado, pois que um dos pontos fortes da Blockchain é o seu baixo custo operacional. Podemos estimar alguns custos por meio da comparação com as taxas cobradas na transação de Bitcoins, a qual também emprega um sistema de cadeia de blocos para o seu funcionamento:

Para que uma negociação aconteça sempre será necessário que uma ordem de compra execute uma ordem de venda, ou que uma ordem de venda execute uma ordem de compra. Uma delas sempre estará no sistema primeiro, aguardando que uma ordem contrária e correspondente em valor seja colocada e a negociação se concretize. A ordem que foi colocada primeiro e estiver aguardando a correspondente ordem contrária, é chamada de ordem executada e pagará a comissão de 0,3%. A que foi colocada depois, executando de imediato a ordem contrária que já estava listada no book, é chamada de ordem executora, e essa pagará a comissão de 0,7%.<sup>16</sup>

Segundo a revista exame, além da inconveniência de ir aos cartórios apresentar os documentos necessários, um indivíduo gasta em torno de quatro por cento (4%) do valor do bem com impostos (ITBI) e taxas cartoriais, o que varia de acordo com o estado e o município. Devemos considerar ainda os custos para eventuais emissões de certidões reconhecimento de firma.<sup>17</sup>

As taxas cobradas não somente estão em dissintonia com o serviço oferecido, como também desestimulam que a população mais carente procure esse serviço. Tal fato produz uma instabilidade da posse, o que pode acarretar em alguns desconfortos, como a venda da mesma propriedade para múltiplos compradores e até mesmo uma potencial desapropriação. Dessa maneira, não se pode afirmar que o sistema adotado fomente a participação cidadã, a qual pode ser apontada como componente do conceito

14 Mazza, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 301.

15 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999. p. 294.

16 **COMO é decidido se será aplicada a comissão de 0,3% ou 0,7% quando acontece uma negociação?** 20---. Disponível em: <<https://www.mercadobitcoin.com.br/suporte/>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

17 WILTMEN, Julia. **Quanto realmente custa comprar um imóvel**. 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

de eficácia.

### 3.3. A CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA E A RATIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Nesse contexto, a ministra Nancy Andrighi, da Corregedoria Nacional de Justiça, considerou necessária a viabilização do repasse de informações alocadas no cartório, por meio do Provimento n. 48, de 16 de março de 2016. Sendo assim, ratificou-se a importância do princípio da publicidade na formação da participação cidadã. Dessa forma, a corregedora determinou a criação de centrais estaduais de serviço eletrônico com intuito de unificar a emissão de informações e serviços. Logo, também pode-se afirmar que as consequências desse provimento atingirão positivamente o princípio da eficiência, poupando o brasileiro de alguns inconvenientes.

CONSIDERANDO a necessidade de facilitar o intercâmbio de informações entre os escritórios de registro de títulos e documentos e civil de pessoas jurídicas, o Poder Judiciário, a Administração Pública e o público em geral, para eficácia e celeridade da prestação jurisdicional e do serviço público.<sup>18</sup>

Indubitavelmente, o provimento em questão será benéfico para o interesse público, porém, mesmo que necessário, não será suficiente. Isso porque poucos serão os serviços públicos beneficiados pela decisão do CNJ. Além disso, a sociedade permanecerá vulnerável à altas taxas e à morosidade dos demais serviços. De fato, a publicação eletrônica é uma grande inovação para uma instituição tão arcaica. Contudo, não se pode alegar o mesmo da unificação de dados, já que há cento e oitenta anos a Inglaterra já havia feito o mesmo.

Em 1836, o médico sanitariano William Farr coordenou as primeiras atividades do escritório de registro gerais, com o escopo de unificar todas as informações relativas à vida civil dos ingleses, tais como: nascimento; casamento; óbito; e patrimônio. Assim, Farr criou o meio necessário para o levantamento de estatísticas relacionadas à saúde pública.

Desse modo, mesmo que tardia, a medida será de fundamental importância para satisfazer o princípio da publicidade, um pressuposto basilar para qualquer Estado Democrático de Direito. Segundo Marrara, ele não seria apenas a mera divulgação de fatos, pois suas consequências “são capazes de otimizar a concretização da eficiência administrativa, dos direitos fundamentais, do controle da legalidade e da moralidade, do funcionamento da democracia e da boa gestão”.<sup>19</sup>

## 4. CIDADANIA ELETRÔNICA

### 4.1. O MARCO CIVIL DA INTERNET

A sanção da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que instaura princípios, garantias, direitos e deveres destinados a reger a utilização da internet no Brasil, ratificou alguns direcionamentos que o país precisava tomar para aumentar a sua participação

<sup>18</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Provimento n.º 48**, de 16 de março de 2016.

<sup>19</sup> MARRARA, Thiago; MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. , p. 298.



cidadã e fortalecer a sua democracia. Logo, como a Blockchain é um serviço *online*, deve estar em perfeita harmonia com o Marco Civil, respeitando os modernos objetivos almejados pelo Estado. No artigo 24 da referida lei, encontram-se as diretrizes destinadas à atuação do poder público, sendo algumas delas:

- I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;
- II - promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil;
- III - promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos;
- IV - promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade;
- V - adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;
- VI - publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada;
- VII - otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa;<sup>20</sup>

Dessa forma, como o serviço cartorial é de caráter público, ele também deve estar alinhado com as expressas intenções do Legislativo. Contudo, é necessária apenas uma breve análise para concluir que o sistema de Cadeias de Blocos satisfaz melhor os objetivos do legislador.

De acordo com as informações técnicas da Blockchain, já explanadas neste texto, a sua política descentralizada oferece uma ferramenta de multiparticipação lógica, a qual conta com a colaboração de todos os setores da sociedade. Não somente, a sua eventual aplicação configuraria um respeito à promoção da racionalização do uso e da expansão da *internet* alinhadas à um serviço de governança mais eficiente e transparente, permitindo um amplo intercâmbio de informações e agilidade aos processos.

Destarte, a Blockchain oferece um sistema que enfatiza a aproximação entre os atores, criando uma nova concepção da relação político-governamental e de cidadania, fundamentada no interesse público. Se vigente, ela transformará o entendimento atual de serviço público, realizado apenas entre um agente e o cidadão, assim como a economia colaborativa já transformou a relação fornecedor-cliente.

A partir da cadeia de blocos, um cidadão comum poderá solicitar um serviço notarial ou registral, ao mesmo tempo em que age como um “minerador”, contribuindo para o serviço público em questão. Logo, não haverá mais essa distinção tão maniqueísta entre agente e cidadão, mas sim novos arranjos participativos e dinâmicos típicos da Era Digital.

## 4.2. A ACESSIBILIDADE DIGITAL

É digno ressaltar que além da portabilidade oferecida pelas ferramentas digitais, elas ainda possuem a capacidade de tornarem-se plenamente acessíveis às pessoas

---

20 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). > . Acesso em: 05 out. 2016.



com deficiência. Assim sendo, estão em total consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual o Brasil petrificou com força de Emenda Constitucional (por força do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal).

Dessa forma, não somente as leis devem se moldar para respeitar a Convenção, como também as instituições públicas. Contudo, as adequações no meio digital são bem mais rápidas e baratas, isto pois, além dos edifícios públicos, os seus documentos devem encontrar-se disponíveis em formatos acessíveis a todos os cidadãos.

Observa-se, então, que diferentemente dos cartórios, a Blockchain não necessita de reformas estruturais, e como outros recursos *online*, pode converter seu conteúdo em áudio, ou atribuir fontes maiores, além de poder ser acessado em casa.

Todavia, é importante ressaltar que o desrespeito à Convenção não somente gera inconvenientes, mas também, obstáculos para o pleno exercício da cidadania participativa. Destarte, com o intuito de evitar discriminações como essa, a CF traz, expressamente, em seu artigo 5º que “todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza”. Ademais, a Convenção ilustra, em seu artigo 29, que as pessoas com deficiência devem ter os seus direitos políticos garantidos, participando em igualdade de oportunidades da vida pública, assim segue:

[...] b) Promover ativamente um **ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas**, e encorajar sua participação nas questões públicas, [...].<sup>21</sup> (grifo nosso)

Conseqüentemente, quando o Estado não proporciona os canais aptos a integrar a pessoa com deficiência à sua própria cidadania, ele acaba por dar oportunidades distintas ao seu povo. Isto pois, um indivíduo que não tenha nenhuma deficiência poderá facilmente utilizar os canais não adaptados, ao passo que o primeiro não. Outrossim, por interpretação extensiva, o ambiente de participação referido na lei pode ser como físico ou virtual. Esta hermenêutica é válida porque atualmente o ambiente virtual é tão empregado como o físico, havendo que diga que o acesso à internet se tornou um direito fundamental.

### 4.3. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Além de tudo isso, a Lei de Acesso à informação (LAI) entende que a divulgação de informações de interesse público é uma forma de concretização do princípio democrático vinculado às noções de democracia. Logo, faz-se necessária para o aperfeiçoamento da gestão pública, o combate à corrupção e a participação popular. Entretanto, apesar de os cartórios já fornecerem às informações quando solicitados, no contexto digital em que nós vivemos, isso já não é mais suficiente para proporcionar uma cidadania plena.

No cenário internacional, alguns princípios são adotados como norteadores para legislações dessa matéria. Alguns deles já não podem ser efetivamente satisfeitos com os cartórios. O princípio da Máxima Divulgação pressupõe que os governos divulguem o maior número de informações à maior quantidade de pessoas possíveis. Indiscutível-

---

21 BRASIL, **Decreto n.º 5.296, de 02 de dezembro de 2004**. Regulamenta as leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2016.

mente, o emprego da cadeia de blocos consegue abranger mais pessoas do um mero cartório físico.

Não somente, o Princípio dos Procedimentos que facilitem o Acesso às informações impõe que os procedimentos sejam simples e de fácil compreensão, seguindo a mesma lógica do princípio anterior. Assim, o Estado criou alguns sites para informar o cidadão, como páginas de transparência pública, sites da Copa do Mundo de Futebol e das Olimpíadas, bem como sistemas de acompanhamento de convênios e contratos de repasse.<sup>22</sup>

Sendo assim, a LAI determinou no § 2º do artigo 8º que o canal oficial de divulgação deve ser a internet, ainda que outros possam ser utilizados:

§ 2º. Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).<sup>23</sup>

Tudo isso corrobora a adoção de um sistema de compartilhamento, essencial para o respeito de tal normal e respectivamente dos anseios do legislador ao criá-la.

## 5. A SEGURANÇA OFERECIDA PELA CADEIA DE BLOCOS

### 5.1. GRILAGEM

Um fenômeno muito comum no Brasil (com forte incidência no Norte) é a “grilagem de terras”. Seu nome é fruto de uma prática antiga de colocar documentos falsificados em caixas com grilos para adquirir um aspecto mais envelhecido. Ao longo do tempo, a técnica sofreu alterações, mas a prática continua frequente. Os chamados “grileiros” tentam autenticar seus documentos em cartórios de títulos de imóveis e em outros órgãos responsáveis para atribuir uma alguma legitimidade ao seu registro forjado.

Essa prática (tipificada pela Lei 6.766/1979 de 19 de dezembro de 1979) não distingue suas vítimas, ocorrendo tanto com patrimônios privados quanto públicos, que, conseqüentemente, acabam por possuir múltiplos proprietários. Ordinariamente, os grileiros buscam grandes territórios para o plantio, pecuária, extração ilegal da madeira e para conseguirem empréstimos bancários ou venderem. Em 2006, o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM) realizou um estudo que constatou a presença de trinta milhões de hectares de terras griladas ao longo da BR-163, no estado do Pará.<sup>24</sup>

Diante desse cenário, pode-se mencionar novamente que, utilizando a publicidade e transparência fornecidas pela Blockchain, esse crime jamais poderia ser consumado. Isso porque o sistema *online* é de fácil acesso e qualquer comprador ou credor em potencial poderia verificá-lo. Assim, em minutos saberiam quem era o verdadeiro

---

22 Controladoria-Geral da União. **MANUAL da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios**. Brasília, 2003. 52 p. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual\\_lai\\_estadosmunicipios.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2016.

23 BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: Acesso em 11 nov. 2016.

24 GLASS, Verena. **Grilagem de terras públicas atinge 30 milhões de hectares no PA**. 2006. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Grilagem-de-terras-publicas-atinge-30-milhoes-de-hectares-no-PA/3/10487>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

dono do patrimônio. Outrossim, pela segurança de sua tecnologia, não há como os grileiros migrarem sua técnica para o meio virtual e invadir uma cadeia de blocos.

Visto isso, os benefícios da Blockchain teriam grande relevância para a preservação de áreas da União, particularmente, o território localizado na Amazônia. Logo, podemos afirmar a existência de vantagens ambientais para o emprego da tecnologia aqui defendida, uma vez que poderia defender um patrimônio da humanidade.

## 6. O EMPREGO ATUAL DA CADEIA DE BLOCOS

### 6.1 SETOR PRIVADO

A execução da tecnologia Blockchain já pode ser encontrada no setor privado que, como de costume, não teve grandes receios para inovar e já conta com a confiança de muitas pessoas. Além do uso para reger a transação de Bitcoins, também pode-se encontrar a Cadeia de Blocos empregada para autenticar criações.

Com essa perspectiva, foram criadas algumas empresas como a Ascribe, cuja atuação consiste em emitir reivindicações de produções artísticas e impressões numeradas de edições limitadas de obras de arte. Possibilitando ainda a comercialização de títulos de propriedades digitais. Outra empresa bem promissora que faz uso da Blockchain é a Provenance, responsável por registrar todas as etapas de produção de um produto de varejo, ela disponibiliza em tempo real todas informações referentes ao produto em ordem cronológica.

Por último, a Associação Imobiliária Internacional do Bitcoin (IBREA, em inglês) é uma aposta para o mercado imobiliário pós-moderno e visa resolver os problemas do setor utilizando a Blockchain em conjunto com a Bitcoin. Desse modo, a IBREA visa modernizar a forma como fazemos registros de imóveis e até cauções, reduzindo custos, eliminando fraudes, acelerando as transações ao ponto de fornecer uma alta liquidez ao mercado imobiliário.<sup>25</sup>

Assim, percebemos que muitos já confiam o seu capital na Cadeia de Blocos, porém, como uma tecnologia disruptiva, não se poderia esperar algo diferente da apreensão e insegurança do grande público. Então, cabe aos especialistas, que entendem o seu funcionamento, apostar primeiro no projeto e com o tempo ganhar a credibilidade das massas.

No contexto brasileiro, também podemos encontrar alguns exemplos no setor privado. Atualmente, a empresa Novy, por meio da sua ferramenta Regis, já atua no rastreamento de madeira extraída na Floresta Amazônica pela BVRio. Assim, a empresa fornece para os seus clientes a prova inquestionável de que seus produtos têm natureza lícita, tornando-os consumidores conscientes.

### 6.2. Setor Público

Adotando uma política inovadora, Honduras trabalha para tornar-se o segundo país a usar a tecnologia de Cadeias de Blocos para o serviço de registro de propriedades. Até o presente momento, Factom, a companhia encarregada, ainda não conseguiu instaurar o projeto, devido a adaptações técnicas e à morosidade do sistema público.

25 PARKER, Luke. **Ten companies using the blockchain for non-financial innovation**. 2015. Disponível em: <<http://bravenewcoin.com/news/ten-companies-using-the-blockchain-for-non-financial-innovation/>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

Semelhante ao Brasil, Honduras passa por problemas de fraudes nos registros públicos, majoritariamente motivados pelos altos custos para registrar uma propriedade, em contraste com uma população tão pobre. Segundo a companhia responsável, mais de sessenta por cento dos habitantes não possuem escrituras de suas propriedades, o que os torna extremamente vulneráveis à eventuais fraudes.<sup>26</sup>

Além disso, a Suécia é certamente o país que mais se destacou no uso dessa tecnologia, em parceria com a ChromaWay, a empresa escandinava de Blockchain, que ensaia empregar esse recurso para o registro de imóveis, bem como o de propriedade intelectual. Dessa forma, a empresa já começou seus testes em bancos e agora já está na segunda fase da operação, pesquisando em ambiente público. Contudo, há promessas no sentido atribuir autenticidade legal às transferências de registro de imóveis ainda no final desse ano.<sup>27</sup>

Tais países são exemplos da eficácia da Blockchain, além de contribuírem para reduzir o sentimento de insegurança causada pelas novas tecnologias nos governos. Os serviços públicos eletrônicos não têm sua eficiência fundamentada apenas na rapidez de suas operações. Também é bastante relevante a adesão da população, especialmente dos indivíduos economicamente vulneráveis, já que o baixo custo dos serviços não intimida a sociedade e permite uma ampla utilização, contribuindo para uma segurança jurídica mais densa.

Recentemente, no 43ª Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, em um debate acerca da segurança e privacidade de dados no serviço eletrônico imobiliário, foi exposta pelo senhor Walker de Alencar (consultor em sistemas de grande porte e especialista em desenvolvimento web) a importância da ideia aqui defendida. Dessa forma, ele buscou desmistificar o receio dos tabeliães em relação à Blockchain, ressaltando a sua importância para o serviço registral e tentando conciliar a atividade sem comprometer os empregos na área.

Hoje, cada cartório tem sua base de informações, e alguns deles já estão integrados em centrais de serviços eletrônicos. Isso é um modelo centralizado, cada um centraliza sua informação e tenta estabelecer comunicação com outro.<sup>28</sup>

Nesse contexto, o consultor defende a proposta deste artigo ao crer que a Blockchain pode ser bastante útil para findar com essa concentração de informações em um único sistema e cruzar dados de diversos cartórios. Logo, entende-se que uma rede compartilhada como esta poderá aumentar a praticidade já em desenvolvimento dos cartórios brasileiros, trazendo maiores benefícios ao cidadão.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após minuciar a Blockchain, podemos concluir que, enquanto uma operação no cartório acontece pelo carimbo autenticado do tabelião, com a cadeia de blocos a con-

---

26 CHAVEZ-DREYFUSS, Gertrude. **Honduras to build land title registry using bitcoin technology**. 2015. Disponível em: <<http://in.reuters.com/article/usa-honduras-technology-idINKBN0001V720150515>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

27 CHAVEZ-DREYFUSS, Gertrude. **Sweden tests blockchain technology for land registry**. 2016. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-sweden-blockchain-idUSKCN0Z22KV>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

28 IRIB debate segurança e privacidade de dados no serviço eletrônico imobiliário: A Disrupção do Blockchain. **Revista de Direito Notarial e Registral do Espírito Santo**, Vitória, v. 19, p.8-10, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.sinoreg-es.org.br/Documentos/Upload/Conteudo/revistas/68.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

firmação acontece quando o minerador resolve um cálculo matemático.<sup>29</sup> Portanto, na segunda maneira, o procedimento é mais seguro e rápido. Além disso, vimos que essa tecnologia consegue adequar-se à diferentes realidades (deficiências, hipossuficiência financeira ou grilagem). Contudo, ainda há muito a pesquisar sobre o tema. Afinal, diferentemente do cartório tradicional, o referido sistema não permite que uma operação seja desfeita, e torna-se impossível invalidar uma operação mesmo quando realizada sob coerção. Ademais, o Brasil ainda precisa enfrentar o desafio de informatizar todo o seu território e, conseqüentemente, oferecer os meios eficazes de cidadania.

Dessa maneira, precisamos caminhar para modernizar o nosso sistema notarial e registral ao mesmo tempo em que incluímos os nossos compatriotas. Por isso, o debate acerca desse tema deve estar sempre vivo e jamais almejando uma tecnologia que por sua complexidade ou escassez seja inalcançável para alguns. Chegando nesse ponto, resta-nos esperar os resultados dos países que já caminham nessa proposta e aprender com os seus resultados, para que, então, possamos acabar com mais essa herança da burocracia colonial portuguesa.

## 8. REFERÊNCIAS

**A HISTÓRIA DOS CARTÓRIOS NO BRASIL.** 2011. Disponível em: <<http://cartorios.blog.br/?p=37>>. Acesso em: 08 out. 2016.

BOTSMAN, Rachel (2014). **The Collaborative Economy.** Disponível em <<http://rachelbotsman.com/thinking/>>. Acesso em 10/12/2016.

BRASIL, **Análise dos Impactos Concorrenciais da Introdução do Aplicativo Uber no Mercado Relevante de Transporte Individual de Passageiros.** Brasília: Ministério da Fazenda, 2016.

\_\_\_\_\_, **Decreto n.º 5.296, de 02 de dezembro de 2004.** Regulamenta as leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2016.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 12.527,** de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: Acesso em 11 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 48.** Relator: Ministra Jancyr Andrighi. Brasília, DF, 16 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965,** de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e

---

29 ULRICH, Fernando. **O que o Bitcoin e o mercado de imóveis têm em comum?** 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/blogs/cambio/moeda-na-era-digital/post/4153780/que-bitcoin-mercado-imoveis-tem-comum>>. Acesso em: 08 dez. 2016.



deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> . Acesso em: 05 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios**. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2003. 52 p. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual\\_lai\\_estadosmunicipios.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasil-transparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2016.

CELLAN-JONES, Rory. **Becoming a virtual Estonian**. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/technology-36276673>>. Acesso em: 08 out. 2016.

CHAVEZ-DREYFUSS, Gertrude. **Sweden tests blockchain technology for land registry**. 2016. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-sweden-blockchain-idUSKCN0Z22KV>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

FARIA, J. E. C. O. A globalização econômica e sua arquitetura jurídica. **Revista Academia Judicial - Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, Florianópolis, 01 dez. 2010.

GLASS, Verena. **Grilagem de terras públicas atinge 30 milhões de hectares no PA**. 2006. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Grilagem-de-terras-publicas-atinge-30-milhoes-de-hectares-no-PA/3/10487>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

HIGGINS, Stan. **Factom Partners With Honduras Government on Blockchain Tech Trial**. 2015. Disponível em: <<http://www.coindesk.com/factom-land-registry-deal-honduran-government/>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

IRIB debate segurança e privacidade de dados no serviço eletrônico imobiliário: A Disrupção do Blockchain. A Disrupção do Blockchain. **Revista de Direito Notarial e Registral do Espírito Santo**, Vitória, v. 19, p.8-10, nov. 2016. Disponível em: <[http://www.sinoreg-es.org.br/\\_Documentos/Upload\\_Conteudo/revistas/68.pdf](http://www.sinoreg-es.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/revistas/68.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2016.

LILIENFELD, David Eugene. Celebration: William Farr (1807–1883): an appreciation on the 200th anniversary of his birth. 2007. **International Journal of Epidemiology**. Disponível em: <<http://ije.oxfordjournals.org/>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

LTDA, Mercado Bitcoin Serviços Digitais. **Suporte: Como é decidido se será aplicada a comissão de 0,3% ou 0,7% quando acontece uma negociação?**. Disponível em: <<https://www.mercadobitcoin.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

MARCO AGNER. **Bitcoin para Programadores**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://itsriodejaneiro.gitbooks.io/bitcoin-para-programadores/content/index.html>>. Acesso em: 05 out. 2016.

MARRARA, Thiago; MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: MARRARA, Thiago. (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2012, v. , p. 298.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 199. P. 294



SWAN, Melanie. **Blockchain: Blueprint for a New Economy**. Estados Unidos da América: O'reilly Media, 2015. 152 p.

ULRICH, Fernando. **O que o Bitcoin e o mercado de imóveis têm em comum?** 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/blogs/cambio/moeda-na-era-digital/post/4153780/que-bitcoin-mercado-imoveis-tem-comum>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **O que o Bitcoin e o mercado de imóveis têm em comum?** 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/blogs/cambio/moeda-na-era-digital/post/4153780/que-bitcoin-mercado-imoveis-tem-comum>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

WILTGEN, Julia. **Quanto realmente custa comprar um imóvel**. 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2016.



GRUPO DE TRABALHO 4

# **NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO:**

*TRIBUTAÇÃO ONLINE, E-COMMERCE,  
CLOUD COMPUTING E STREAMING*

# NOVAS FRONTEIRAS DO DIREITO TRIBUTÁRIO: A TRIBUTAÇÃO COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO OU EN- TRAVE AO COMÉRCIO ELETRÔNICO?

Anna Flávia Moreira Silva<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

As relações de consumo foram profundamente influenciadas pelo surgimento de novas tecnologias e ganharam destaque no seio social, merecendo a atenção do Direito Tributário. A taxação de fatos geradores originados na Internet precisou ser encarada pelo Estado para viabilizar a fiscalização e o pagamento de créditos tributários originários de operações online. O fato gerador virtual, entretanto, revela uma complexidade impensada na promulgação do Código Tributário Nacional em 1966, desencadeando um obstáculo para os aplicadores do direito.

No mais recente capítulo da história mercantil, a internet impulsiona as vendas remotas por possibilitar que os consumidores adquiram produtos de empresas localizadas em qualquer lugar do país e do mundo, por meio do simples acesso ao site do fornecedor. A divulgação crescente da internet e o desenvolvimento dos meios de pagamento e de entrega permitem que os consumidores comprem remotamente produtos em qualquer lugar do país, não estando mais adstritos ao comércio local tradicional.

Como a Internet, na sua atual configuração, surgiu somente a partir de 1989, sendo o desenvolvimento do comércio eletrônico ainda mais recente, o constituinte de 1988 e o legislador ordinário não poderiam dispor sobre hipóteses de incidência inexistentes à época da sua instituição. A doutrina, então, fica dividida entre aceitar ou não interpretações extensivas aos dispositivos legais tributários efetivamente existentes. Em geral, contudo, a tributação imposta aos meios eletrônico-digitais acaba se fundando em analogias perante a falta de adequado tratamento legal.

Nesse âmbito de discussão, cumpre destacar, ainda, a aprovação, pelo Congresso Nacional brasileiro, em abril de 2015, da Emenda Constitucional nº 87, que introduziu importantes mudanças nas formas de apuração e recolhimento do ICMS devido sobre as vendas interestaduais de mercadorias e serviços diretamente a consumidores finais. Como se verá adiante, para combater o desequilíbrio fiscal entre os Estados brasileiros, a Emenda tratou de minimizar as diferenças de receitas estaduais arrecadadas por meio do comércio eletrônico e de dividi-las entre os Estados vendedores e os consumidores.

Essas inovações legislativas, que objetivam a repartição mais igualitária das receitas tributárias entre os entes federados e a mitigação da Guerra Fiscal por meio do recolhimento do ICMS ao Estado de destino das mercadorias e serviços comercializados, contudo, foram duramente criticadas pelos órgãos representativos dos comerciantes e industriais brasileiros, especialmente em razão do aumento dos custos operacionais,

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, integrante do Grupo de Estudos em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet) e do Grupo de Estudos em Processo Tributário (GEPT), membro da equipe do Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Tem como áreas de atuação e interesse: Direito Financeiro, Direito Tributário e Direito da Internet.

administrativos e tributários, suportados pelos empresários e empreendedores brasileiros, já duramente abatidos pelo cenário econômico.

Como as normas concernentes ao Direito Tributário possuem acentuada influência econômica sobre as atividades mercadológicas, cumpre examinar a maneira pela qual os agentes econômicos passaram a se comportar diante dos efeitos da Emenda Constitucional que traçou regras para uma tributação do ICMS. Ela seria, em tese, mais justa, colocando como sujeito ativo da cobrança do imposto, originado de consumo via Internet, o Estado destinatário.

Em suma, lançando um olhar econômico sobre a análise das consequências da Emenda Constitucional 87/2015, contata-se que suas modificações legislativas romperam com a injustiça fiscal ao destinar toda a grandeza tributada ao Estado de origem do fornecedor. Por outro lado, repassaram ao contribuinte a obrigação de recolher fracionadamente o ICMS gerado por operações ocorridas em mais de uma unidade federativa, inclusive aplicando erroneamente, num primeiro momento, essa sistemática aos optantes pelo Simples Nacional.

## 2. A REGULAMENTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO<sup>2</sup>

A importância do comércio eletrônico ou e-commerce cresce a cada ano em decorrência do desenvolvimento tecnológico, da globalização e da inclusão digital. Pelo aumento no volume de transações comerciais realizadas no ambiente virtual, cresce também a preocupação dos Estados, países e organizações internacionais em relação ao tratamento tributário a ser dispensado em tais operações. Em 1997, os Estados Unidos da América e a Comunidade Europeia fizeram uma declaração conjunta sobre o comércio eletrônico (*US-EU Joint Statement on Electronic Commerce*<sup>3</sup>), afirmando que a tributação sobre essa atividade deveria ser clara, consistente, neutra e não discriminatória.

O termo “comércio eletrônico” ou e-commerce compreende tanto a intermediação comercial de mercadorias físicas e digitais quanto a contratação e mesmo a execução de serviços no ambiente eletrônico. As transações são realizadas por intermédio do processamento e da transmissão de informações em sites, em correspondências eletrônicas (e-mails) e na comunicação instantânea em chats, enquanto as entregas podem ser efetivadas pelos meios tradicionais ou por meios virtuais. A rede mundial de computadores é utilizada para facilitar a produção, a distribuição, a venda e a entrega de mercadorias e serviços ao mercado. No comércio eletrônico, as trocas de mensagens são realizadas com a utilização das tecnologias de informação, sem exigir presença física das partes envolvidas.

A internet propicia a redução do número de intermediários e o protagonismo do consumidor. Assim, os usuários não apenas consomem os produtos que lhe são entregues pela cadeia de produção e de distribuição, mas buscam as mercadorias e os

---

2 Comércio eletrônico é “(...) o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio da interatividade. ITEANU, Olivier. **Internet et le droit**. Paris: Eyrolles, 1996, p. 23. WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio (Coord.); MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 18.

3 As orientações gerais são para que as regras na tributação do comércio eletrônico sejam claras e coerentes, os encargos associados ao cumprimento das obrigações fiscais sejam reduzidos ao mínimo e o tratamento fiscal das mercadorias e serviços independa do meio de comercialização ou de entrega e do local de aquisição.

serviços que lhes interessam dos fornecedores que ofereçam as melhores condições, de forma direta, sem a presença de intermediários. Por isso, a evolução do comércio eletrônico e suas especificidades demandam atenção especial dos operadores do direito e atuação firme dos legisladores para que as vantagens trazidas pela inovação tecnológica sejam absorvidas pela sociedade e permitam o desenvolvimento econômico do país.

Entretanto, o comércio eletrônico e os contratos eletrônicos não contam ainda com marco legal específico no Brasil, não tendo reproduzido ou implementado as orientações da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional sobre o comércio eletrônico, de 1996. Atualmente, no Brasil, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.906/2001, ao qual estão ligados os Projetos de Lei nº 1.483/1999 e 1.589/1999, entre outros, com propostas de regulamentação do comércio eletrônico.

Já no campo do Direito do Consumidor, a relevância do comércio eletrônico ensejou a publicação do Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor. O decreto visa proteger o consumidor nos processos de compra e venda realizados pela internet, em razão das características especiais do comércio eletrônico. Mesmo limitado às relações com consumidores, o Decreto nº 7.962/2013 representa um avanço na regulamentação do comércio eletrônico no Brasil, com vistas a propiciar maior segurança e satisfação aos participantes do mercado virtual. Isso porque, além do potencial para os negócios, deve-se assegurar a proteção das garantias individuais e dos direitos do consumidor, para que não ocorra a multiplicação de conflitos no país.

Em 1998, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) desenvolveu os seguintes princípios a serem aplicados na tributação do comércio eletrônico, no estudo resultante da Conferência de Ottawa: neutralidade, eficiência, certeza e simplicidade, eficácia e justiça e flexibilidade. Com o princípio da neutralidade, pretende-se que o comércio eletrônico sofra as mesmas incidências tributárias do comércio tradicional, suportando a mesma carga tributária, de modo que a tributação não influencia as decisões negociais. A neutralidade decorrente do princípio da igualdade, como corolário do princípio da capacidade contributiva, para que contribuintes que realizem transações similares sejam tributados de forma semelhantes.

Segundo o princípio da eficiência, os custos administrativos para as autoridades tributárias e para os contribuintes devem ser os menores possíveis. Além disso, as normas tributárias devem ser claras e simples para que o contribuinte saiba previamente as consequências tributárias de determinada transação. Conforme o princípio da eficácia e justiça, a tributação deve produzir a quantidade certa de tributo, no momento certo, e o potencial de evasões e elusões deve ser minimizado. Por fim, segundo o princípio da flexibilidade, o regime tributário deve ser aberto e dinâmico para se adaptar às mudanças do mercado e da tecnologia. Em suma, busca-se assegurar tratamento isonômico entre o comércio eletrônico e o comércio tradicional, com regras claras e simples, mas que se adaptem à realidade dinâmica do ambiente virtual, encorajando o desenvolvimento dessa nova modalidade de comércio, sem, contudo, desfavorecer o comércio tradicional.

### 3. A APLICABILIDADE DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O E-COMMERCE

No Brasil, a legislação tributária não acompanhou a mudança da realidade econômica, sendo crescentes as dificuldades para a manutenção da isonomia na tributação do comércio eletrônico em relação ao comércio tradicional. Como os Estados e o Distrito Federal possuem competência para a tributação das operações de circulação de mercadoria e prestações de serviço de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, e os Municípios são competentes para a tributação das prestações de serviço de qualquer natureza, a tributação dos produtos e serviços intangíveis pelos Estados e Municípios depende de reflexões sobre os conceitos de mercadoria e de prestações de serviço de comunicação, vislumbrando-se conflitos entre as unidades federativas na definição do ente competente.

Uma vez que o tributo é uma forma de transferência da riqueza individual para o Estado, é consenso na doutrina que ele não pode incidir sobre qualquer situação jurídica ou fática que decorra da vontade estatal não manifestada em lei. Por essa razão, desde a instituição do ICMS e do ISS no sistema tributário brasileiro, empreendeu-se a conceituação do que se entende por “operações relativas à circulação de mercadorias” e “prestações de serviço”. Entretanto, é importante notar que esses conceitos foram formulados em um contexto econômico que sofreu profundas alterações nas últimas décadas. Exemplo notável dessas transformações é a disponibilização ao público consumidor de novos serviços de telecomunicações e as inovações tecnológicas que surgiram desde a massificação da informática. Também são exemplos as transações por meio da internet de bens denominados “virtuais”, até então feitas de forma física, que passaram a ser realizadas em ambiente online, por *download*, via comércio eletrônico. Novos modelos de negociação de vídeos e música também compõem o rol de novidades tecnológicas que deram ensejo a assinaturas de *streaming*.

Diante desse cenário, investiga-se se merecem ser atualizados os conceitos nucleares da incidência do ICMS e questiona-se: mercadoria é tão somente coisa móvel corpórea, adquirida para ser objeto de venda ou revenda? Serviço de comunicação se restringe à disponibilização aos usuários dos meios e modos necessários para estabelecer uma relação comunicativa? Esses conceitos merecem ser atualizados por interpretação ou alteração legislativa face às dramáticas alterações do ambiente socioeconômico verificadas nas últimas décadas ou seria melhor alterar todo o modelo de tributação das operações com bens e prestações de serviços?

Na ânsia arrecadatória, utiliza-se, atualmente, de analogias entre as hipóteses de incidência efetivamente existentes e a realidade sem previsão legal, com o objetivo de evitar a espera decorrente dos trâmites legislativos normais. Mas o fato gerador de qualquer espécie tributária incidente sobre estas práticas precisa se adequar ao ambiente virtual e às teorias que o fundamentam, com atenção aos princípios constitucionais da legalidade e da territorialidade. Caso contrário, não haverá como obrigar, passivamente, o contribuinte, nem estará legitimado o poder estatal de tributar.

O fato gerador nada mais é que o ponto de partida do qual derivam as obrigações fiscais de forma concreta, ou seja, ele demarca a concretização de um evento previsto na lei, oportunizando a obrigação tributária. Tendo em vista que o Direito Tributário brasileiro é marcado pelo princípio da legalidade, disposto no artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988, esse fato deve estar adstrito, rigorosamente, aos ditames legais constantes na hipótese de incidência, o que não se tem verificado quanto aos fatos ger-



adores no âmbito do e-commerce.

Há, nesse sentido, expressa assertiva no artigo 114 do Código Tributário Nacional, a qual prevê só haver subsunção quando o fato ocorrido preencher, sem mais nem menos, todos os elementos constantes na hipótese legal de incidência, com atenção à primazia da segurança jurídica. Dessa regra contida no sistema tributário brasileiro decorrem a proteção e a segurança jurídica que edificam no contribuinte a ciência sobre quanto e quais das suas atividades serão tributadas, ainda que as políticas fiscais contemporâneas venham superando as barreiras legais.

Diante da perspectiva de, em poucos anos, o comércio eletrônico se tornar a tônica do mercado, os cuidados legislativos devem ser providenciados imediatamente para evitar, ao máximo, conflitos sociais futuros, incluindo a insegurança do próprio Estado na cobrança de seus créditos tributários. Entretanto, até o presente momento, frente à inadequação da postura do Fisco ao tributar atividades eletrônicas e a falta de preocupação do poder tributante em implementar esses novos eventos na legislação existente, a solução encontrada foi aumentar, de forma inapta, o alcance das antigas normas. E esse panorama é especialmente preocupante diante da constatação de que o comércio eletrônico está em franca expansão diante do progressivo aumento de internautas no Brasil.

Muitos dos problemas envolvendo a interpretação dos fatos hauridos pela tecnologia da informação em matéria tributária se baseiam na forçosa aplicação de normas inaptas a estes acontecimentos novos, sob o argumento da necessidade dos recursos fiscais a qualquer custo. Entretanto, a rigidez da norma fiscal é uma garantia constitucionalmente reconhecida ao contribuinte e a realidade sociocultural deve ser a tônica para o aplicador do direito, embasado por um raciocínio jurídico.

Nesse contexto, em suma, é importante destacar que o Direito Tributário só admite a incidência de uma interpretação analógica diante de uma gravosa interferência patrimonial a ser gerada para o contribuinte. A norma, assim, é um mecanismo essencial e indispensável para a harmonia social, e não pode ser aplicada qualquer interpretação desvinculada, em matéria tributária, diante de uma necessária rigidez, viabilizadora de segurança à propriedade privada dos indivíduos. Isso porque são exatamente os *grilhões legais*, a tipologia e a vinculabilidade tributária que limitam o poder estatal de interferência sobre a propriedade privada.

Com a acelerada evolução das relações comerciais e a demora do Legislativo em acompanhá-la, muitas vezes em razão de conflitos políticos, inúmeros contribuintes se voltaram ao Judiciário, invocando seu direito de ver reconhecida a inexistência de certas relações tributárias que os isentaria do recolhimento do ICMS em determinadas operações. Dessa maneira, o Judiciário teve papel de vanguarda nas mudanças operadas pela Emenda Constitucional objeto do presente estudo. Somente após algum tempo de discussões é que se deu a modificação da Constituição, como se verá a seguir, atendendo aos anseios dos Estados consumidores, efetivando-se maior equilíbrio fiscal.

#### 4. OS DESAFIOS PARA A TRIBUTAÇÃO EFICIENTE DO E-COMMERCE

A internet não possui limites geográficos e facilita a realização de transações entre pessoas que não estão fisicamente conectadas, tendo em vista que as operações

eletrônicas superam fronteiras, reduzem ou eliminam a intermediação e dificultam a localização e a identificação das partes envolvidas. Por isso, a tributação eficiente do comércio eletrônico apresenta grandes desafios, entre os quais a definição do local da operação e do conceito de mercadoria em relação aos produtos intangíveis, a identificação dos participantes nessa nova forma de negociação, o desenvolvimento de ferramentas de controle e a ampliação da base de incidência tributária para abarcar situações que não se enquadram nos conceitos tradicionais de fornecimento de mercadorias ou de prestações de serviço.

Além disso, a neutralidade tributária e a segurança jurídica são ameaçadas pelas disputas entre os Estados, seja pela exigência de imposto adicional na entrada de mercadorias adquiridas por meios não presenciais ou pela concessão de incentivos aos estabelecimentos virtuais. As imposições tributárias, assim como os incentivos concedidos aqueles que comercializam mercadorias por canais eletrônicos, discriminam injustificadamente a tributação do comércio eletrônico em relação às demais modalidades de comércio, prejudicando os princípios da livre concorrência, da igualdade, do pacto federativo e da segurança jurídica.

Com o desenvolvimento do comércio eletrônico, assumem relevância o conceito de estabelecimento e a determinação do local de ocorrência da operação. Essas definições são importantes não apenas para a tributação das operações de circulação de mercadorias tangíveis e intangíveis e das prestações de serviço, mas também para a taxação da renda gerada pelo comércio eletrônico. Quanto à tributação dos rendimentos decorrentes do comércio eletrônico, os países debatem se o critério da fonte ou da residência seria o mais apropriado para evitar a dupla tributação ou a não tributação não intencional. Já na tributação indireta, discute-se qual seria o parâmetro mais indicado para onerar as operações e prestações contratadas e até mesmo executadas por meio da internet: o parâmetro de destino ou o parâmetro de origem.

No Brasil, a tributação do comércio eletrônico é complexa pela repartição da competência para a tributação do consumo entre Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso porque a digitalização de produtos, a superação do suporte físico e a dissociação de pontos geográficos fragilizam a segregação entre serviços e mercadorias, além de dificultarem a identificação do local da operação e do estabelecimento. No campo do ICMS, a Constituição atribuiu a lei complementar a competência para fixar, para efeito de cobrança e definição do estabelecimento responsável pelo imposto, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços, conforme preceitua o parágrafo 2º do art. 155, XII, d. Essa matéria está disciplinada pela Lei Complementar nº 87/1996, nos seguintes termos:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: I - tratando-se de mercadoria ou bem: a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador; b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária; c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado; d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física; e) importado do exterior, o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido; f) aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados; g) o do Estado onde estiver localizado o adquirente, inclusive consumidor final, nas operações interestaduais com energia elétrica e petróleo, lubrificantes e combustíveis dele derivados, quando não destinados à industrialização ou à comercialização; h) o do Estado de onde o ouro tenha sido extraído, quando não considerado como ativo financeiro ou instrumento cambial; i) o de desembarque do produto, na hipótese de captura de peixes, crustáceos e moluscos.

Percebe-se que a noção de estabelecimento é vinculada ao local físico em que as atividades são exercidas ou onde as mercadorias são armazenadas. Na impossibilidade de se determinar o estabelecimento, considera-se como tal o local onde tenha sido realizada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação. Entretanto, a legislação tributária não possui previsão específica sobre o local da operação ou o conceito de estabelecimento em relação ao comércio eletrônico. Os negócios realizados pela internet apresentam particularidades por envolver a comercialização e a prestação de bens e serviços intangíveis e pela desnecessidade de vinculação do site a um ponto geográfico.

No comércio eletrônico de bens tangíveis pode haver dificuldades para a identificação do local da operação na hipótese em que a saída das mercadorias seja promovida por armazém e a venda realizada por empresa virtual. O local da operação é o do estabelecimento que realiza a venda por meio da internet e transfere a propriedade das mercadorias, mas as empresas do comércio eletrônico podem atuar sem ponto comercial ou espaço próprio para o estoque das mercadorias.

No comércio eletrônico de bens intangíveis, esse desafio se faz presente em todas as transações, pela complexidade em se identificar o local da saída física dos produtos digitais, que podem estar armazenados em diferentes servidores, inclusive em equipamentos localizados em Estados ou países diversos do vendedor. O produto virtual pode ser remetido de qualquer uma dessas máquinas ao destinatário, sem passar por barreiras alfandegárias. Não sendo aplicável a regra que vincula a tributação ao lugar da saída física das mercadorias, torna-se necessário identificar o local do estabelecimento que transfere a propriedade.

Quanto ao critério que corresponde ao local de desenvolvimento das atividades empresariais, as inovações tecnológicas possibilitam que empresas operem sem um endereço definido e sejam administradas de forma descentralizada, por pessoas situadas em locais diversos. Quanto ao critério do armazenamento das mercadorias, a empresa virtual pode operar sem espaço físico próprio para o estoque dos produtos corpóreos e os produtos digitais podem ser estocados em servidores diversos, próprios ou de terceiros. Dessa forma, em relação às empresas virtuais, os critérios previstos no art. 11 da Lei Complementar 87 de 1996 podem ser insuficientes para a determinação do estabelecimento. Nesse contexto, discute-se se o site, o servidor ou o provedor de serviços poderiam ser considerados estabelecimentos para fins tributários.

No entanto, ainda não há lei complementar no ordenamento jurídico brasileiro dispendo sobre o estabelecimento virtual ou o local das operações contratadas no ambiente virtual. A ausência de regras específicas sobre o comércio eletrônico e a vinculação da legislação atual a critérios geográficos podem conferir liberdade a algumas empresas virtuais na fixação do estabelecimento. A mobilidade dessas empresas, que podem ser administradas à distância e operar sem estoque próprio, e independem da distância física em relação ao mercado consumidor, facilita a escolha do domicílio tributário de acordo com as vantagens operacionais e tributárias oferecidas por cada território.

Por força dessas disposições, percebe-se que a ausência de regras claras que identifiquem o local da operação e determinem o estabelecimento no comércio eletrônico pode ensejar conflitos de competência ou a não tributação das transações contratadas no ambiente virtual, além de incentivar a escolha do domicílio tributário pelos contribuintes segundo suas conveniências. É preciso que o ordenamento jurídico brasileiro

estipule regras que garantam a neutralidade na tributação e proporcionem segurança jurídica para o pleno desenvolvimento do comércio eletrônico.

## 5. O ICMS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

O ICMS, imposto cuja competência fora outorgada aos Estados e Distrito Federal, conforme o artigo 155, *caput*, da Constituição Federal, e que incide sobre a circulação de mercadorias e a prestação de alguns serviços, precisou ser enxergado sob um novo viés com a popularização do comércio eletrônico, com vistas a se tornar um instrumento de efetivação do federalismo fiscal. Isso porque, diante de um largo crescimento do e-commerce, os Estados destinatários das mercadorias se viram preteridos em relação à maioria dos Estados fabricantes de produtos, quais sejam, os do Sul e do Sudeste do país.

Para combater essa situação, a Emenda Constitucional 87/2015 alterou o texto constitucional dispondo que caberá ao Estado destinatário, independentemente de ser o consumidor final contribuinte ou não do ICMS, a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Cabem, contudo, algumas ressalvas quanto à nova forma de recolhimento do ICMS devido nas operações interestaduais, tendo em vista o aumento dos custos das obrigações procedimentais em razão do ônus imposto ao contribuinte de ter que pagar o tributo em tela separadamente ao Estado de origem e ao destinatário, conforme determinação do Convênio ICMS 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Essas ressalvas terão como enfoque as empresas optantes pelo Simples Nacional.

Para operacionalizar as vendas e prestações de serviços praticadas entre os Estados membros da federação brasileira e evitar o conflito de competência entre eles no tocante à arrecadação do ICMS, o legislador nacional entendeu que o mais adequado, sob a ótica fiscal, seria a adoção do princípio da tributação na origem, segundo o qual compete ao Estado de origem da mercadoria ou do serviço o direito à arrecadação do ICMS. Nas lições da professora Misabel Derzi:

[...] não há sentido em optar por uma tributação de destino, se ela representa um retrocesso em relação à integração de mercado, que é o princípio imperativo da Constituição. Como tributo neutro, não obstante, nas operações interestaduais, deve ser repartido por meio de mecanismos que compensem as perdas dos Estados preponderantemente importadores, em relação àqueles preponderantemente exportadores<sup>4</sup>.

É importante destacar, entretanto, que a regra da tributação no Estado de origem não é absoluta, pois, dependendo da natureza do destinatário das mercadorias ou serviços tributados ou das características do objeto ou prestação realizada, o ICMS incidente sobre a operação pode ser repartido com o Estado de destino. Nesse sentido, o maior exemplo de exceção à regra geral da tributação exclusiva no Estado de origem da mercadoria ou do serviço é a operação interestadual destinada a consumidor final contribuinte do imposto, que usualmente pratica operações sujeitas à incidência do ICMS. Nesse caso, o ICMS incidente sobre a operação é repartido entre os Estados de origem e de destino, que fará jus ao recolhimento do ICMS pelo diferencial de alíquotas<sup>5</sup>.

4 DERZI, Misabel Abreu Machado. et al. **Distorções do Princípio da Não-Cumulatividade no ICMS – Comparação com o IVA europeu**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1998. Pág. 124.

5 O diferencial de alíquotas corresponde à diferença entre a alíquota do imposto para operações praticadas internamente e a alíquota interestadual aplicada pelo Estado de origem.

Essa aplicação de alíquota interestadual para operações praticadas entre contribuintes do ICMS localizados em diferentes Estados da federação brasileira busca diminuir as diferenças econômicas entre os Estados pertencentes a diferentes regiões do país, privilegiando a maior arrecadação pelos Estados localizados em regiões economicamente menos desenvolvidas. Entretanto, mesmo diante dessa pretensão de justiça fiscal, são identificáveis falhas nos métodos de apuração do ICMS nas operações interestaduais. Isso porque, para que a repartição da arrecadação entre os Estados de origem e os de destino seja justa e eficiente, o controle fiscal pelas autoridades deve ser rigoroso e integrado, de modo a evitar aproveitamentos meramente escriturais do ICMS.

Do mesmo modo, o comércio não presencial de mercadorias, majoritariamente eletrônico, é exemplo de setor econômico marcado pela instauração de conflitos decorrentes da repartição da competência para a arrecadação do ICMS entre os Estados brasileiros. Na medida que muitas das empresas que operam nesse setor não possuem estabelecimento físico, persistiu uma grande discussão sobre qual seria o Estado competente para arrecadar o ICMS incidente sobre vendas interestaduais não presenciais destinadas a consumidores finais. No seio dessa discussão, sobreveio o Protocolo 21/2001, assinado por apenas alguns Estados, segundo o qual o ICMS incidente nessas operações deveria ser repartido entre os Estados de origem e de destino, mediante aplicação das alíquotas interestaduais e do diferencial de alíquotas.

Contudo, além dos problemas formais decorrentes da assinatura por apenas alguns Estados, os contribuintes localizados nos Estados que não aderiram ao Protocolo eram prejudicados uma vez que tinham um carga tributária maior que os Estados que a ele aderiram. Nesse ínterim, o Protocolo 21/2011 foi revogado em setembro de 2014 pelo Supremo Tribunal Federal por unanimidade. Os relatores das ações, ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, declararam que a Constituição Federal não prevê o recolhimento do diferencial nessas operações, tendo em vista que somente o Senado Federal poderia fixar alíquotas de ICMS. Ainda assim, a revogação do Protocolo 21/2011 não barrou a necessidade de mudanças constitucionais com relação ao ICMS no Brasil.

É perceptível que, nos últimos anos, o número de operações comerciais interestaduais cresceu em grandes proporções, sobretudo no que diz respeito ao comércio eletrônico. As alterações decorrentes desse cenário socioeconômico brasileiro ensejaram a necessidade de atualização do sistema tributário. Em referidas operações interestaduais, o Estado de origem era o mais beneficiado, recolhendo para si grande parte do ICMS devido. Apesar de fomentar a economia nacional, o Estado de destino não auferia lucros, fato que levou as unidades da federação a iniciarem uma verdadeira Guerra Fiscal

Em abril de 2015 foi publicada a Emenda Constitucional nº 87 com o intuito de repartir o ICMS devido entre o Estado de origem e o Estado de destino em todas as operações interestaduais e não presenciais realizadas com consumidor final não contribuinte do ICMS. Referida Emenda foi elaborada nos moldes do Protocolo 21/2011, preservando o objetivo de repartir os recolhimentos do ICMS entre os Estado de origem e de destino, e trouxe alterações ao artigo 155 da Constituição Federal de 1988, determinando que as operações interestaduais não presenciais que envolverem consumidor final não contribuinte também receberão aplicação do Diferencial de Alíquotas. Assim, como o consumidor final não contribuinte do ICMS não tem a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, determinou-se, também, o recolhimento deste valor por parte do vendedor da mercadoria.



No que tange ao procedimento para aplicação das mudanças ocasionadas pela Emenda Constitucional nº 87/2015, foi publicado o Convênio ICMS nº 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). De maneira geral, para o recolhimento do tributo devido ao Estado de destino, o contribuinte vendedor da mercadoria deverá cumprir as obrigações acessórias por meio do preenchimento da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, indispensável no deslocamento da mercadoria. Outros Convênios foram publicados com relação ao procedimento das mudanças feitas pela Emenda Constitucional nº 87/2015. Os Convênios ICMS números 152/2015 e 183/2015 autorizaram as unidades federadas de destino a dispensarem o contribuinte de obrigações acessórias, exceto da emissão de documentos fiscais.

As consequências das alterações na Constituição Federal, promovidas pela Emenda Constitucional nº 87/2015, não se limitam apenas às mudanças relativas aos sujeitos ativos da obrigação tributária do ICMS ou às alíquotas do imposto devidas. As alterações alcançam, também, obrigações acessórias relacionadas ao ICMS e suas sistemáticas de recolhimento e de apuração. Antes da Emenda Constitucional nº 87/2015, não existia recolhimento do imposto pelo vendedor da mercadoria em favor do Estado de destino em operações não presenciais, realizadas com consumidor final não contribuinte do ICMS. Atualmente, todavia, essa prática é obrigatória.

Por força dessas disposições, embora a Constituição tenha adotado o critério de origem para definir o sujeito ativo do ICMS incidente sobre operações interestaduais de circulação de mercadorias destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto, o desenvolvimento acentuado do comércio não presencial nos últimos anos provoca questionamentos quanto à adequação do contorno constitucional à nova realidade econômica.

## 6. A GUERRA FISCAL E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015

O federalismo tem como características a coexistência de ordens jurídicas distintas no mesmo território, a autonomia política, administrativa e financeira das entidades descentralizadas, a inexistência de hierarquia material entre os entes federados, a repartição de competências e a inexistência de direito de secessão. Entretanto, um problema grave do federalismo brasileiro é a desigualdade material entre os Estados membros, que ameaça a própria sobrevivência da federação. Apesar de a redução da desigualdade regional ser um dos fins fundamentais do país, a diferença material entre as regiões brasileiras é muito grande, de modo que muitos Municípios e até mesmo Estados que não possuem receita suficiente para suas necessidades dependem de transferências governamentais para sua sobrevivência.

Em relação à discriminação das competências tributárias, a Constituição de 1988 representou o ápice do processo de descentralização político-fiscal por meio da discriminação de rendas tributárias. A segurança jurídica em matéria tributária no Brasil é garantida pela Constituição Federal, que estabeleceu um sistema constitucional tributário, demarcou as competências tributárias e estipulou limites à atuação do legislador pela previsão de imunidades, pelo reconhecimento de direitos e garantias fundamentais e pela fixação de regras legislativas em matéria de tributos. Em relação aos impostos, a Constituição atribuiu a cada um dos entes federados a competência para a tributação de determinados signos presuntivos de riqueza. Aos Estados e ao Distrito Federal foi conferida a competência para a instituição do Imposto sobre operações relativas à cir-



culação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Embora seja estadual, o ICMS apresenta feição nacional, tendo em vista que a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte e de comunicação não se restringem aos limites territoriais de um município, Estado ou região, mas representam fenômenos com repercussão nacional. Assim, visando manter a uniformidade do imposto e conferir segurança jurídica no exercício da competência tributária, a Constituição Federal dedicou diversos dispositivos ao ICMS e especificou as matérias que devem ser regulamentadas por meio de leis complementares e de resoluções do Senado Federal. Apesar de a Constituição ter outorgado aos Estados e ao Distrito Federal competência para instituir o ICMS, as características desse imposto exigem regras de caráter nacional sem as quais não seria possível sua operacionalidade. Entre essas regras, destaca-se a exigência de que eventuais benefícios sejam aprovados pela unanimidade das unidades federadas. Contudo, há anos essa regra vem sendo deliberadamente descumprida pela concessão de benefícios fiscais de forma unilateral, em atitude de claro desrespeito à ordem jurídica vigente.

O mais importante é que, além de prezar pela uniformidade no exercício das competências tributárias, a Constituição Federal também buscou tutelar o pacto federativo e evitar a “Guerra Fiscal”, assim denominada a disputa entre os entes federados para atrair investimentos e aumentar a sua própria arrecadação tributária. Como o custo dos tributos é um dos fatores na decisão de alocação de recursos, incentivos fiscais e subsídios são utilizados como instrumentos por alguns Estados para compensarem suas imperfeições e apresentarem maior competitividade na ordem econômica internacional. No Brasil, os instrumentos tributários também são utilizados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a atração de investimentos em seus territórios.

No entanto, a concessão de incentivos fiscais é realizada de forma desordenada, sem efetivos objetivos fundamentais, como a redução das desigualdades regionais ou o desenvolvimento nacional. Conforme mencionado, a federação brasileira é marcada pelas graves desigualdades materiais entre os entes federados, sem a efetivação de mecanismos de assimetria para a redução das disparidades. A União, ao invés de atuar pela diminuição das desigualdades e pelo desenvolvimento nacional, omite-se nas disputas entre as unidades federativas e, em relação à arrecadação tributária, conduz à centralização mediante a criação de tributos cujas receitas não estão sujeitas à repartição obrigatória.

Essas deficiências dão impulso à guerra fiscal, que representa a disputa entre os entes da Federação para atrair investimentos a seus territórios e aumentar a arrecadação tributária utilizando os tributos como armas. As consequências dessa guerra fiscal atingem os contribuintes, os investidores, os entes da federação e a sociedade em geral, prejudicada pela diminuição da arrecadação. Os conflitos atingem o desenvolvimento nacional e o bem-estar da população, prejudicada pelo agravamento das distorções na eficiência alocativa dos recursos e das próprias desigualdades regionais.

Qualquer política para reequilibrar desequilíbrios regionais só pode ser de responsabilidade da União, nos termos do art. 151, I, da CR/88. Provida de maiores recursos, a União é a única que pode implantar política nacional de estímulos para promover o objetivo estabelecido no art. 3º, III, da CR/88. Os entes federados não podem criar políticas para promover o equilíbrio do desenvolvimento entre diferentes regiões, a não

ser que concordem, por unanimidade, com política comum de incentivos. No entanto, todos os estados brasileiros têm concedido benefícios fiscais e financeiros vinculados ao ICMS, com a intenção de atrair investimentos, sem maiores preocupações quanto à implementação de políticas fiscais estáveis e duradouras. Em muitos casos, os incentivos são concedidos para praticamente qualquer investimento, sem critério de seletividade ou vinculação à vocação regional.

Assim, apesar do esforço do constituinte para manter a harmonia na aplicação do ICMS, a arrecadação do imposto tem causado diversos conflitos entre as unidades da federação. O mais recente contexto dessa competição entre os Estados envolve o ICMS, tributo incidente sobre as operações de compra e venda de mercadorias contratadas por meio não presenciais, especialmente a internet. Todavia, o desenvolvimento acentuado do comércio eletrônico não presencial nos últimos anos provoca questionamentos quanto à adequação do contorno constitucional à nova realidade econômica.

A facilidade dos consumidores de adquirirem mercadorias em Estados que não sejam de sua residência pode repercutir na distribuição da arrecadação do ICMS, historicamente concentrada nos Estados das regiões Sul e Sudeste. Isso porque a maior parte dos estabelecimentos virtuais e dos centros de distribuição está sediada nessas regiões, sendo devido a elas o imposto incidente sobre as vendas de mercadorias contratadas eletronicamente. Os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste argumentam que a preferência do consumidor pelo comércio eletrônico, em detrimento do comércio tradicional, tem acentuado o desequilíbrio horizontal na arrecadação tributária, considerando-se que as operações interestaduais destinadas a não contribuintes do ICMS beneficiam apenas o Estado de origem.

Com base nessas disposições, alguns Estados instituíram, por meio de legislações estaduais e pela celebração do protocolo ICMS nº 21/2011, o “adicional de imposto” ou “adicional de ICMS”, exigido por ocasião da entrada das mercadorias adquiridas de forma não presencial no Estado de consumo. Apesar de as operações serem tributadas pela alíquota interna no Estado de origem, os signatários do Protocolo exigem o recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual na entrada, em seus territórios, das mercadorias adquiridas eletronicamente por pessoas físicas ou jurídicas não contribuintes do imposto.

Para reduzir a problema da Guerra Fiscal entre as unidades da federação e atender aos anseios dos Estados menos favorecidos em termos de arrecadação do ICMS, a Emenda Constitucional nº 87 de 2015 estabeleceu uma nova divisão das alíquotas do tributo em comento na tentativa de oportunizar a igualdade entre os Estados da federação. Em termos gerais, para as operações em que o destinatário é contribuinte de ICMS, mas adquire a mercadoria ou bem como consumidor final, ele passou a receber o mesmo tratamento do não contribuinte. Nas operações em que o consumidor final é não contribuinte, o Estado de origem deixa de arrecadar a totalidade da alíquota na forma de sua alíquota interna e passa a arrecadar apenas a alíquota interestadual. O Estado destinatário, por outro lado, que antes nada arrecadava, passou a arrecadar o diferencial de alíquotas.

Para facilitar a compreensão, é indispensável destacar o texto da EC 87/2015, bastante claro e objetivo:

Art. 155. VII. Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de local-

ização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual. VIII. A responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

Para evitar o desequilíbrio fiscal que certamente seria causado pela adoção repentina de tal mudança na sistemática de arrecadação tributária, a Emenda em comento propôs uma mudança escalonada de arrecadação. Assim, havendo diferentes graduações a cada ano, de 2016 até a total adoção do novo modelo em 2019, quando a diferença de alíquota interna e interestadual passará a ser 100% destinada ao Estado de destino. Essa regra de transição ameniza as perdas dos Estados de origem que concentram a sujeição ativa do ICMS nas operações em que o destinatário não é contribuinte.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet surgiu do desenvolvimento tecnológico propiciado pelo alargamento e aperfeiçoamento do conhecimento científico existente, de forma a transformar a vida social. Em decorrência disso, o comércio eletrônico cresce a cada dia pela comodidade que traz aos consumidores e produtores, além de reduzir os custos para os empresários. Existe a perspectiva de, em poucos anos, o comércio virtual ou de produtos a ele ligados, tornar-se a tônica do mercado. Sendo assim, os cuidados legislativos devem ser providenciados desde já para tentar evitar, ao máximo, conflitos sociais futuros, como a insegurança do próprio Estado na oportunidade de cobrança de seus créditos tributários.

No tocante ao comércio eletrônico, o desenvolvimento tecnológico, a globalização e a inclusão digital encurtaram distâncias, ampliando as possibilidades de os consumidores adquirirem produtos diretamente de fornecedores localizados em outros Estados. As unidades federativas que figuram preponderantemente como consumidoras nas operações realizadas no ambiente virtual aduzem que o expressivo crescimento nas vendas realizadas por meios remotos acarreta transferência de arrecadação tributária dos Estados consumidores para os Estados produtores. Fato é que as atuais regras de tributação não se mostram adequadas à nova realidade trazida pelo comércio eletrônico.

A maioria da doutrina defende a necessidade de criação de novas leis aptas para dissipar conflitos oriundos de casos específicos, como a tributação do comércio eletrônico, não se admitindo a prática da analogia em matéria fiscal. As normas existentes não bastam para alcançar o contribuinte, uma vez que o princípio da estrita legalidade e da reserva legal não estão sendo atendidos. Para o Direito Tributário, a estrita legalidade e a tipicidade fechada são princípios norteadores do ordenamento, principalmente porque o patrimônio do cidadão é envolvido. Tanto que o Direito Tributário só admite a incidência de uma interpretação analógica diante de uma gravosa interferência patrimonial a ser gerada para o contribuinte, mas não para favorecer o Fisco. A norma, assim, é um mecanismo essencial e indispensável para a harmonia social. Para tanto, deve se adequar, transformando-se para atender as pretensões das comunidades, como são o comércio eletrônico e sua tributação.

Em suma, é inegável que a tributação deverá ser aplicada, pois a Internet tenderá a ser o meio mais utilizado para a prática da mercancia em alguns anos, movimentando mais recursos que agora; de forma a se tornar o principal local de vendas,

virtual, prático, barato e seguro. E só continuará sendo assim se o Estado não continuar a entrar o seu avanço, pois o contribuinte necessitará de segurança e previsibilidade sobre suas posses e as responsabilidades dela decorrentes. O fato gerador de qualquer espécie tributária incidente sobre essas práticas terá de se adequar ao ambiente virtual e as teorias que o fundamental, para se comportar a possibilidade de determinação, entre outros problemas, do local da transação, após convencionalizada uma forma de resolver tal problema, ditando pelo princípio da territorialidade, regrado no artigo 88 da CR/88.

## 8. REFERÊNCIAS

ACCACIO, Luiz Fernando de Carvalho. A natureza jurídica dos créditos do ICMS. **Revista Dialética**, São Paulo, nº 75, 2001, pp. 109-116.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2013.

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 4ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **O comércio eletrônico evolui e consolida-se no mercado brasileiro**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 40, n. 4, 2000.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 3ª ed. São Paulo. Editora Método, 2009

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Conflitos entre entes federativos: atuação do Supremo Tribunal Federal no regime da Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 217-234.

ARAUJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. ICMS no E-commerce e o Protocolo ICMS nº 21/2011 - Permanecem as inconstitucionalidades. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 193, 2011.

ARAUJO, Maria Ivany Gomes. **Análise dos aspectos conceituais e da carga tributária nas transações do comércio eletrônico: o caso do ICMS**. Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Controladoria e Contabilidade na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2002.

BALEEIRO. Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 11ª ed.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015**. Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Brasília. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm)>. Acesso em 16 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias

e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Brasília. 1996. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm)>. Acesso em 16 de abril de 2016.

BRITO, Ferdinando. **O ICMS no e-commerce a partir de janeiro de 2016**. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/o-icms-no-e-commerce-a-partir-de-janeiro-de2016/>. Acesso em: 25 de abril de 2016, às 20h.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 11º ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo. Saraiva. 23ª Edição. 2011.

CASTILHO, Ricardo, MARTINS, Ives Gandra da Silva, et al. **Direito Tributário e Direitos Fundamentais – Limitações ao Poder de Tributar**. São Paulo: Elsevier. 2012

COSTA. Alcides Jorge. **ICMS na Constituição e na Lei Complementar**. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1979.

CONFAZ. **Convênio de ICMS 133 de 12 de dezembro de 1997**. Aprova o Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. ICMS. Convênios. Disponível em: . Acesso em: 09 de set. de 2015.

\_\_\_\_\_. **Protocolo de ICMS 21 de 01 de abril de 2011**. Estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente. ICMS. Protocolos. Disponível em: . Acesso em: 08 e 09 de set. de 2015.

\_\_\_\_\_. **Protocolo de ICMS 93 de 17 de setembro de 2015**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada. ICMS. Protocolos. Disponível em: . Acesso em: 22 de set. de 2015

DERZI. Misabel Abreu Machado. **Aspectos Essenciais do ICMS, como Imposto de Mercado**. São Paulo: Dialética. 1998.

\_\_\_\_\_. et al. **Distorções do Princípio da Não-Cumulatividade no ICMS – Comparação com o IVA europeu**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1998.

DOWER, Fábio Cunha. **O “novo” ICMS nas operações entre Estados após a Emenda Constitucional nº 87/2015 (EC 87015): Impactos tributários**. Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/6vdc/o-novo-icms-nas-operacoes-entre-estados-apos-a-emenda-constitucional-n-872015-ec-87015-impactos-tributarios-fabio-cunhadower>. Acesso em: 25 de abril de 2016.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Direito Tributário Aplicado: Impostos e Contribuições das Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006.

GRUPENMACHER. Betina Treiger. **Tributação no E-commerce - Emenda que Disciplina a Incidência do ICMS sobre Operações Interestaduais**. Áreas. Tributário. Disponível em: . Acesso em: 12 de set. de 2015

LOPES, Márcio André Lopes. **Comentários à nova EC 87/2015 (ICMS do comércio eletrônico)**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/04/comentarios-no->



[va-ec872015-icms-do.html](http://va-ec872015-icms-do.html). Acesso em 26 de abril. 2016

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A evolução do Sistema Tributário no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, José Eduardo Soares de. **ICMS. Teoria e Prática**. São Paulo. Dialética. 2006.

MENDES, Lígia. A evolução do e-consumidor brasileiro nos últimos 20 anos. **Ecommerce Brasil**, São Paulo, v. 27, n. 5, p.14-15, jun. 2015.

MENGARDO, Bárbara. **STF derruba acordo sobre comércio eletrônico**. Valor Econômico, 18 de setembro de 2014.

OLIVEIRA, Júlio M. de. et al. **Emenda Constitucional nº 87/2015 e seus desdobramentos**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-emenda-constitucional-no-872015-e-seus-desdobramentos>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

PAULSEN, Leonardo. et al. **Impostos Federais, Estaduais Municipais**. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2010.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6º ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição, Nº 103 de 2011**. Acrescenta o inciso VIII-A ao § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para modificar a sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações realizadas de forma não presencial e que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado. Disponível em: . Acesso em: 09 de set. de 2015.

\_\_\_\_\_. **Proposta de Emenda à Constituição, Nº 7 de 2015**. Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Disponível em: . Acesso em: 09 de set. de 2015.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário e Empresarial – Pareceres**. Rio de Janeiro: Forense. 1982.





# O TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS NA INTERNET

Alice Lopes Fabris<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O tráfico ilícito de bens culturais ameaça a integridade do patrimônio cultural da humanidade e impede que um povo tenha contato com elementos de sua cultura. Recentemente, esse tráfico também foi reconhecido pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas como uma fonte de financiamento do terrorismo.<sup>2</sup> Contudo, os instrumentos tradicionais de luta contra o tráfico ilícito de bens culturais tem se mostrado ineficientes. Um dos grandes desafios para conter esse tráfico é a regulação e *surveillance* do mercado de arte na internet.

Em 2014, o comércio de arte na internet cresceu em 60%, chegando à marca de 2 bilhões de euros.<sup>3</sup> Um dos maiores operadores de venda de objetos de arte, Sotheby's, realizou uma parceria com eBay para aumentar sua vendas online, sendo que a primeira se realizou em 1º de abril de 2015.<sup>4</sup>

A aplicação dos tratados internacionais nessas plataformas enfrenta diversas dificuldades. Primeiramente, deve-se destacar que o principal tratado sobre tráfico ilícito de bens culturais não possui uma aplicação direta e depende de leis nacionais para que seja efetivo em um país. Ademais, as regras de diligência requerida para a venda de objetos culturais são, em sua maioria, estabelecidas em códigos deontológicos. Deve-se salientar também que a rapidez com que um objeto aparece e desaparece das plataformas de venda online dificulta o acompanhamento pelas autoridades das atividades ilícitas, assim como a recuperação e repatriação do objeto.

No Brasil, podemos citar o caso de um crucifixo do século XVIII que foi oferecido para venda no site Mercado Livre. Em razão desse caso um Termo de Ajustamento de Conduta foi firmado entre o Ministério Público de Minas Gerais e a empresa Mercado Livre, no qual ela é obrigada a fornecer os dados cadastrais de indivíduos que comercializam peças sacras.<sup>5</sup>

Apesar desse importante precedente, a luta contra o tráfico ilícito de bens culturais ainda enfrenta dificuldades no monitoramento dos sites de comércio online para a identificação de venda de obras roubadas e a falta de legislação específica quanto ao tráfico ilícito. A questão foi discutida durante a Mesa Redonda entre Estados e Mercado de Arte organizada pela UNESCO em 30 de março de 2016.<sup>6</sup> Nela, a empresa eBay explic-

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), alicelf@ufmg.br.

2 CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2199** (2015). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2199%20\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2199%20(2015))>. Acesso em: 15/10/16.

3 CONSEIL DE VENTES VOLONTAIRES. **Rapport d'activité 2014: les ventes aux enchères publiques en France**. Paris: La documentation Française, 2014, p. 220.

4 Ibid., p. 221.

5 ASSESSORIA de Comunicação do Ministério Público de Minas Gerais - Núcleo de Imprensa. **Ministério Público recupera peças sacras mineiras no interior de SP**. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/noticia/index/id/12648>>. Acesso em: 15/10/16.

6 UNESCO. **The movement of cultural property in 2016: regulation, international cooperation and professional diligence for the protection of cultural heritage**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/meetings/art-market-round-table/>>. Acesso em: 15/10/16.

itou as dificuldades em frear o tráfico ilícito desses bens em sua plataforma de venda.<sup>7</sup>

Este artigo tem como objetivo identificar as principais dificuldades encontradas na luta contra o tráfico ilícito de bens culturais na internet e as soluções propostas pelas grandes plataformas de venda online. Primeiramente serão estudados os instrumentos internacionais sobre a luta contra o tráfico ilícito de bens culturais e, em seguida, a prática dos Estados na proteção desses bens no ambiente digital.

## 2. INSTRUMENTOS DE LUTA CONTRA O TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS NO DIREITO INTERNACIONAL

Reconhecido como uma das principais atividades criminosas do mundo em termos financeiros, o tráfico ilícito de bens culturais está atrás apenas do tráfico de armas e drogas.<sup>8</sup>

Muitas vezes definidos como a remoção de objetos culturais em violação da lei, os atos caracterizados como tráfico ilícito de bens culturais dependem em grande parte da legislação nacional e internacional aplicável. Apesar de uma análise casuística ser necessária, várias práticas são universalmente considerada como o tráfico ilícito de bens culturais: roubos de artefatos encontrados em locais de conservação; artefatos retirados de escavações arqueológicas ilegais; exportação ilícita e importação de bens culturais; a transferência de propriedade ilícita de bens culturais; bem como produzir, usar ou comercializar documentos forjados relacionados à propriedade de bens culturais.<sup>9</sup>

O roubo de bens culturais, especialmente os arqueológicos, é recorrente nos países da América do Sul e na Ásia Central, devido à presença de um grande tesouro arqueológico na região. Além dos sítios arqueológicos conhecidos, estima-se que vários outros ainda não foram identificados.<sup>10</sup>

Existem três tipos de países na rota dos bens culturais ilícitos: os países de origem, os países de trânsito e os países de mercado. Nos primeiros encontramos a maioria dos bens culturais em seu contexto de origem.<sup>11</sup> Quanto aos países de trânsito, são países onde esses objetos culturais passam por medidas forenses de modo a 'lavá-los' para confundir o seu local de origem assim como sua origem ilegal para poderem ser vendidos no mercado lícito dos países de destino, também chamados de países de mercado.<sup>12</sup>

---

7 Ibidem.

8 ALVA, W. 'The Destruction, Looting and Traffic of the Archaeological Heritage of Peru', in Brodie, N., Doole, J., and Renfrew, C. (eds.) **Trade in Illicit Antiquities: the Destruction of the World's Archaeological Heritage**. Cambridge: McDonald Institute, 2001, pp. 89-96. Disponível em <<http://traffickingculture.org/wp-content/uploads/2013/02/Alva-2001.pdf>>. Acesso em: 16/06/16, p. 94.

A ligação entre o tráfico ilícito de bens culturais e o terrorismo foi estabelecido pelas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas 2199 (2015), aprovada em 15 de fevereiro de 2016 e 2253 (2015), adotada em 17 de dezembro de 2015. Essas resoluções não serão abordadas por este trabalho uma vez que esta questão toca mais de perto a Síria, Líbia, Iêmen, Iraque e países vizinhos. Ver NEGRI, V. **Estudo jurídico sobre a proteção do patrimônio cultural por meio das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas: O patrimônio cultural sob o prisma da resolução 2199 (2015) do Conselho de Segurança**. UNESCO, 2015. Disponível em <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Portuguese\\_Etude\\_negri\\_RES2199.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Portuguese_Etude_negri_RES2199.pdf)>. Acesso em: 9/06/2016.

9 **Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property**, 14 de novembro de 1970, entrada em força em 24 de abril de 1972, 823 UNTS 231.

10 Ibidem.

11 MERRYMAN, J. 'The retention of cultural property', in Merryman, J. (ed.) **Thinking about the Elgin Marbles: critical essays on cultural property, art and law**. London: Kluwer Law International, Ltd., 2000, pp. 122-156, p. 123-125.

12 Na UNESCO Art Market Round Table, Jean-Robert Gisler, na segunda mesa redonda, explica as medidas forenses diferentes utilizadas pelos negociantes de arte. Para a transmissão da Mesa Redonda, ver UNESCO, **The movement of cultural property in 2016: regulation, international cooperation and professional diligence for the protection of cultural heritage**. Disponível em <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illegal-trafficking-of-cultural-property/meetings/art-market-round-table/>> Acesso em: 9/06/2016).

Quando um objeto cultural é removido do seu local de origem, sem documentação prévia adequada do seu valor arqueológico, privando a população do país de origem do seu valor e apreço, informações relevantes do patrimônio cultural da humanidade se perde. Diversas ações foram realizadas pelos Estados para prevenir essa situação, tais como atualização de legislações, a criação de comitês e polícias especializadas, bem como programas de capacitação.<sup>13</sup>

## 2.1. Precedentes

A preocupação com a pilhagem, bem como com a remoção de bens culturais de seu país de origem, não é recente. O primeiro documento legal que proíbe formalmente a prática de pilhagem é a Convenção e os Regulamento de Haia de 1899 das leis e costumes da guerra terrestre. No entanto, a instituição do primeiro instrumento jurídico para lidar exclusivamente com o tráfico ilícito de bens culturais é mais recente e a adoção de um texto tem sido debatida desde o fim Primeira Guerra Mundial.

Nessa parte do trabalho analisaremos os tratados internacionais aplicáveis. A primeira Convenção a ser estudado é a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais (doravante denominada “Convenção de 1970”), seguida pela Convenção do Unidroit de 1995 sobre Bens Culturais Roubados ou Ilícitamente Exportados (doravante denominada “Convenção da UNIDROIT”).

## 2.2. Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais de 1970

A Liga das Nações, organização que precedeu a Organização das Nações Unidas, já possuía em sua agenda a adoção de um texto para impedir o tráfico ilícito de bens culturais.<sup>14</sup> O primeiro tratado sobre o assunto foi elaborado pelo Gabinete Internacional de Museus, o *Office international des Musées*, e foi submetido à Liga das Nações. Ela solicitou uma revisão do texto proposto, uma vez que alguns Estados estavam relutantes em adotar uma Convenção que não fazia distinção entre os bens culturais públicos e privados.<sup>15</sup> Essa tentativa de adotar uma Convenção para lutar contra o tráfico ilícito chegou ao fim com o início da Segunda Guerra Mundial.<sup>16</sup>

Em 1964, a UNESCO estabeleceu uma comissão de peritos, a fim de elaborar uma Convenção que proibisse o tráfico ilícito de bens culturais.<sup>17</sup> No entanto, foi somente em 1970 que a Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e impedir a Importação, Exportação e Transporte e Transferência de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais foi adotada.

Essa Convenção tem três grandes eixos: medidas preventivas, provisões de restituição e estipulação da cooperação internacional na matéria.

As medidas preventivas estão estipuladas principalmente no artigo 5º, que esta-

---

13 Ibid.

14 O'KEEFE, P.J., PROTT, L.V. **Cultural heritage conventions and other instruments: A compendium**. Builth Wells, United Kingdom: Institute Of Art And Law, 2011, p. 64.

15 Ibid.

16 Ibid.

17 Ibid.

belece:

A fim de assegurar a proteção de seus bens culturais contra a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas, os Estados Partes na presente Convenção se comprometem, nas condições adequadas a cada país, a estabelecer em seu território, se ainda não existirem, um ou mais serviços de proteção ao patrimônio cultural dotados de pessoal qualificado em número suficiente para desempenhar as seguintes funções:

a) contribuir para a preparação de projetos de leis e regulamentos destinados a assegurar a proteção ao patrimônio cultural e particularmente a prevenção da importação, exportação e transferência de propriedade ilícitas de bens culturais importantes;

b) estabelecer e manter em dia, com base em um inventário nacional de bens sob proteção, uma lista de bens culturais públicos e privados importantes, cuja exportação constituiria um considerável empobrecimento do patrimônio cultural nacional;

c) promover o desenvolvimento ou a criação das instituições científicas e técnicas (museus, bibliotecas, arquivos, laboratórios, oficinas, etc.) necessárias para assegurar a preservação e a boa apresentação dos bens culturais.

d) organizar a supervisão das escavações arqueológicas, assegurar a preservação *in situ* de certos bens culturais, e proteger certas áreas reservadas para futuras pesquisas arqueológicas;

e) estabelecer, com destino aos interessados (administradores de museus colecionadores, antiquários etc.), normas em conformidade com os princípios éticos enunciados na presente Convenção, e tomar medidas para assegurar o respeito a essas normas;

j) tomar medidas de caráter educacional para estimular e desenvolver o respeito ao patrimônio cultural de todos o conhecimento das disposições da presente Convenção;

g) cuidar para que seja dada a publicidade apropriada aos casos de desaparecimento de um bem cultural.<sup>18</sup>

Nesse sentido, o artigo exige a criação de serviços dentro do Estado que cuidem a proteção do patrimônio cultural e enumera suas funções. Uma das funções mais importantes, segundo Patrick J. O'Keefe, é o estabelecimento de uma lista de bens culturais importantes, sejam eles privados ou públicos, conforme o item b. Desde 1999, essa exigência se traduz na obrigação de, após relatado o furto de um bem cultural, fornecer um Objeto ID, que constitui em um documento com informações essenciais para a identificação do objeto.<sup>19</sup>

As informações exigidas no documento são: fotografia; materiais e técnicas; medidas do objeto; inscrições e marcas; assunto ou tema; data ou período; autor ou fabricante e; uma breve descrição. Contudo, a forma do Objeto ID e as informações inseridas variam de país para país e dependem das informações já colhidas pelas autoridades.

---

18 Tradução oficial brasileira publicada no BRASIL, **Decreto 72.312, de 31 de maio de 1973** aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 71, de 28 de novembro de 1972 e publicada pelo Diário Oficial da União de 8 de junho de 1973.

19 O'KEEFE, P.J. **Commentaire relatif à la Convention de l'Unesco de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels**. United Kingdom: Institute of Art & Law, 2014, p. 79-80.

## INSTITUTO NACIONAL DE PATRIMONIO CULTURAL ECUADOR

Nº EC-INPC-PCES-00-2016-1793

### ALERTA VIRTUAL

<b>ROBO DE BIENES CULTURALES</b> <u>Sumilla:</u> La Dirección Nacional del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural del Ecuador comunica del robo de un bien cultural de la Iglesia del Rosario del Cantón Guano-Chimborazo ocurrido el 21 de mayo del 2016.	
<u>Referencia:</u> De acuerdo a la versión al momento de realizar el aseo de dicha habitación donde se encontraba la Custodia y al tratar de mover el cofre en donde habría sabido permanecer la mencionada custodia, se habría percatado que estaba demasiado liviano por lo que habría decidido abrirlo para verificar y se percató de la Custodia no se encontraba en su lugar, razón por la cual habría dado aviso a la Policía.	
<u>Denuncia:</u> Sentada: <input checked="" type="checkbox"/> ; No sentada: <input type="checkbox"/> ; En Proceso: <input type="checkbox"/> ; N°: _____	
<b>FECHA DE ROBO:</b>	21 de mayo del 2016.
<b>LUGAR:</b>	calles Asunción y Cacique Toca del Cantón Guano-Chimborazo
<b>UBICACIÓN:</b>	Iglesia del Rosario
<b>CATEGORÍA:</b>	Patrimonial
<b>CÓDIGO:</b>	
<b>TIPO:</b>	Orfebrería
<b>DENOMINACIÓN:</b>	Custodia
<b>DESCRIPCIÓN:</b>	Custodia de unos 30cm. de alto, la misma que estaría compuesta de plata oro y bronce, con un peso aproximado de 20 a 30 libras.
<b>TÉCNICA:</b>	fundido
<b>EPOCA:</b>	
<b>MEDIDAS:</b>	De unos 30cm, con un peso aproximado de 20 a 30 libras.
	
<b>CUSTODIA SUSTRALDA</b>	

Dirección de Gestión de Riesgos del Patrimoniales

Área de Tráfico Ilícito

Quito-Ecuador

Imagem 1: Exemplo de Objeto ID do Equador.<sup>20</sup>

Sobre as medidas de restituição, temos o artigo 7º que estabelece diversas medidas a serem tomadas pelos Estados na prevenção e na proibição da retirada de bens culturais dos países de origem.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> UNESCO, **The National Directorate of the National Institute of Cultural Heritage of the Republic of Ecuador alerted UNESCO to the theft of a cultural object** - May 2016. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Alerta\\_Ecuador.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Alerta_Ecuador.pdf)> Acesso em: 15/10/2016.

<sup>21</sup> Artigo 7:

a) tomar as medidas necessárias, em conformidade com a legislação nacional, para impedir que museus e outras instituições



Segundo a alínea ii do parágrafo b, os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para restituir os bens roubado e importados. Segundo o professor Patrick O'Keffe, a expressão *medidas apropriadas* é relativa e pode ser interpretada de modo a que o Estado receptor do bem roubado não tome nenhuma ação concreta para a restituição, quando, por exemplo, ele pode somente aconselhar o Estado requerente a entrar com ação no âmbito interno para requerer a restituição do bem.<sup>22</sup>

Já a cooperação internacional tem como sua principal disposição o artigo 9, que estabelece:

Qualquer Estado-Parte na presente Convenção, cujo patrimônio cultural esteja ameaçado ou em consequência da pilhagem de materiais arqueológicos ou etnológicos, poderá apelar para os outros Estados-Partes que estejam envolvidos.

Os Estados-Partes na presente Convenção se comprometem, em tais circunstâncias, a participar de uma ação internacional concertada para determinar e aplicar as medidas concretas necessárias, inclusive o controle das exportações e importações do comércio internacional dos bens culturais em questão. Enquanto aguarda a celebração de um acordo, cada Estado interessado deverá tomar medidas provisórias, dentro do possível, para evitar danos irremediáveis ao patrimônio cultural do Estado solicitante.<sup>23</sup>

Esse tratado, apesar de estabelecer diversos princípios gerais a serem cumpridos pelos Estados, necessita ser transcrito no ordenamento interno para tornar suas disposições obrigatórias.<sup>24</sup> Nesse sentido, “a Convenção de 1970 coloca grande importância à cooperação internacional e seu texto é projetado de modo que ela seja alcançada pelos Estados-Membros”.<sup>25</sup> Além disso, a presente Convenção tem uma aplicação limitada, uma vez que só se aplica às relações entre Estados, não sendo aplicada a relações entre indivíduos e não tem uma cláusula de retroatividade.<sup>26</sup> Essa Convenção possui hoje 131 ratificações,<sup>27</sup> contudo, uma aplicação mais abrangente é necessária.

---

similares situadas em seu território adquiram bens culturais, procedentes de outro Estado-Parte, que tenham sido ilegalmente exportados após a entrada em vigor da presente Convenção para os Estados em questão; informar, sempre que possível, um Estado-Parte na presente Convenção sobre alguma oferta de bens culturais ilegalmente removidos daquele Estado após a entrada em vigor da presente Convenção para ambos os estados; b) (i) proibir a importação de bens culturais roubados de um museu, de um monumento público civil ou religioso, ou de uma instituição similar situados no território de outro Estado-Parte na presente Convenção, após a entrada em vigor desta para os Estados em questão, desde que fique provado que tais bens fazem parte do inventário daquela instituição; (ii) tomar as medidas apropriadas, mediante solicitação do Estado de origem Parte na Convenção, para recuperar e restituir quaisquer bens culturais roubados e importados após a entrada em vigor da presente Convenção para ambos os Estados interessados, desde que o Estado solicitante pague justa compensação a qualquer comprador de boa fé ou a qualquer pessoa que detenha a propriedade legal daqueles bens. As solicitações de recuperação e restituição serão feitas por via diplomática. A parte solicitante deverá fornecer, a suas expensas, a documentação e outros meios de prova necessária para fundamentar sua solicitação de recuperação e restituição. As partes não cobrarão direitos aduaneiros ou outros encargos sobre os bens culturais restituídos em conformidade com este artigo. Todas as despesas relativas à restituição e à entrega dos bens culturais serão pela parte solicitante. Tradução oficial brasileira publicada no BRASIL, **Decreto 72.312, de 31 de maio de 1973** aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 71, de 28 de novembro de 1972 e publicada pelo Diário Oficial da União de 8 de junho de 1973.

22 O professor também cita como exemplo de relatividade dessa disposição o caso entre o Equador e a Itália para a restituição de 12.000 objetos pré-colombianos. Devido à demora do processo judicial, o governo equatoriano pediu que a Itália tomasse medidas mais eficazes para a restituição. A Itália, que já guardava os bens objeto da ação em museu para serem restituídos ao proprietário de direito após o julgamento, entendia que já teria cumprido com suas obrigações. Ver O'Keefe, 2014, op. cit., p. 98.

23 Tradução oficial brasileira publicada no BRASIL, **Decreto 72.312, de 31 de maio de 1973** aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 71, de 28 de novembro de 1972 e publicada pelo Diário Oficial da União de 8 de junho de 1973.

24 O'KEEFE, P.J. and PROTT, L.V., op. cit., p. 112.

25 O'KEEFE, op. cit.

26 PLANCHE, Edouard. 'Lá Convención de 1970', **Cultural y Desarrollo**, (10), 2010, pp. 20–22, p. 20-21.

27 Dados coletados em 30 de abril de 2016 em <http://www.unesco.org/eri/la/convention>.

asp?KO=13039&language=E&order=alpha. 64 Estados-membro da UNESCO ainda não ratificaram a Convenção de 1970 até abril de 2016.

Estados-parte da Convenção: Afeganistão (2005); África do Sul (2003); Albânia (2002); Alemanha (2007); Angola (1991); Arábia Saudita (1976); Argélia (1974); Argentina (1973); Arménia (1993); Austrália (1989); Áustria (2015); Azerbaijão (1999); Bahamas (1997); Bahrain (2014); Bangladesh (1987); Barbados (2002); Belarus (1988); Bélgica (2009); Belize (1990); Bolívia (Estado Plurinacional da) (1976); Bósnia e Herzegovina (1993); Brasil (1973); Bulgária (1971); Burkina Faso (1987); Butão (2002); Camarões (1972); Camboja (1972); Canadá (1978); Cazaquistão (2012); Central Africano República (1972); Chade (2008); Chile (2014); China



A Convenção também criou o Comitê Intergovernamental para a Promoção do retorno dos bens culturais ao seu país de origem ou a sua restituição em caso de apropriação ilícita, “plataforma de negociação, mediação e conciliação que visa facilitar a restituição de importantes bens culturais, como as esculturas do Parthenon, bem como conscientizar sobre a necessidade de prevenção e de luta contra o comércio ilegal.”<sup>28</sup> Ele é aplicado a:

qualquer bem cultural que possuam uma importância fundamental do ponto de vista dos valores espirituais e patrimônio cultural de um povo pertencente a um Estado-membro ou Membro-associado da UNESCO e que foi perdido devido a uma ocupação colonial ou estrangeira ou devido a uma apropriação ilícita.<sup>29</sup>

O único caso que envolveu um país Sul-Americano foi resolvido em 1983, quando, com o apoio do Comitê, o Equador recebeu 12.000 objetos pré-colombianos da Itália depois de sete anos de litígio.<sup>30</sup>

### 2.3. Convenção do UNIDROIT de 1995 sobre Bens Culturais Roubados ou Ilícitamente Exportados

Em 1983, uma eventual revisão da Convenção de 1970 foi considerada pela UNESCO com o objetivo de sanar lacunas identificadas em várias leis nacionais. A necessidade de harmonização das legislações nacionais relativas à prevenção do tráfico ilícito era evidente.<sup>31</sup> No entanto, devido ao crescente número de Estados Partes à Convenção de 1970, preferiu-se elaborar uma nova convenção para complementá-la.

Os principais pontos a serem abordados no novo texto foram, principalmente: o princípio da boa fé do adquirente e prescrição e a expansão da abrangência da Convenção a sujeitos de direito privado. Nesse sentido, UNIDROIT, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, seguindo um pedido da UNESCO, elaborou e aprovou um novo tratado para complementar a Convenção de 1970, que estabeleceu um corpo mínimo de regras privadas.<sup>32</sup>

---

(1989); Chipre (1979); Colômbia (1988); Costa do Marfim (1990); Costa Rica (1996); Croácia (1992); Cuba (1980); Dinamarca (2003); Egito (1973); El Salvador (1978); Equador (1971); Eslováquia (1993); Eslovênia (1992); Espanha (1986); Estados Unidos da América (1983); Estônia (1995); Federação Russa (1988); Finlândia (1999); France (1997); Gabão (2003); Gana (2016); Geórgia (1992); Granada (1992); Grécia (1981); Guatemala (1985); Guiné (1979); Guiné Equatorial (2010); Haiti (2010); Honduras (1979); Hungria (1978); Índia (1977); Irã (República Islâmica do) (1975); Iraque (1973); Islândia (2004); Itália (1978); Japão (2002); Jordânia (1974); Kuwait (1972); Lesoto (2013); Líbano (1992); Líbia (1973); Lituânia (1998); Luxemburgo (2015); Madagascar (1989); Mali (1987); Marrocos (2003); Maurícia (1978); Mauritânia (1977); México (1972); Mongólia (1991); Montenegro (2007); Myanmar (2013); Nepal (1976); Nicarágua (1977); Níger (1972); Nigéria (1972); Noruega (2007); Nova Zelândia (2007); Omã (1978); Países Baixos (2009); Palestina (2012); Panamá (1973); Paquistão (1981); Paraguai (2004); Peru (1979); Polónia (1974); Portugal (1985); Qatar (1977); Quirguistão (1995); Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (2002); República Árabe Síria (1975); República Checa (1993); República da Coreia (1983); República da Macedônia (Antiga República Iugoslava da Macedônia) (1997); República da Moldávia (2007); República Democrática do Congo (1974); República Democrática Popular do Laos (2015); República Dominicana (1973); República Popular Democrática da Coreia (1983); República Unida da Tanzânia (1977); Romênia (1993); Ruanda (2001); Senegal (1984); Sérvia (2001); Seychelles (2004); Sri Lanka (1981); Suazilândia (2012); Suécia (2003); Suíça (2003); Tadjiquistão (1992); Tunísia (1975); Turquia (1981); Ucrânia (1988); Uruguai (1977); Uzbequistão (1996); Venezuela (República Bolivariana da) (2005); Vietnam (2005); Zâmbia (1985); Zimbábwe (2006).

28 BRASIL, **Programa IV – Cultura**. Disponível em <<http://brasunesco.itamaraty.gov.br/pt-br/cultura.xml>>. Acesso em: 15/10/2016.

29 **STATUTES of the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation**, adotado pela 20 C/Resolution 4/7.6/5 na 20ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, Paris, 24 Outubro-28 Novembro 1978, artigo 4.

30 UNESCO, **Return or Restitution Cases**. Disponível em <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/return-or-restitution-cases/>>. Acesso em: 27/05/2016.

31 PROTT, L.V. **Commentary on the Unidroit convention on stolen and illegally exported cultural objects 1995**. United Kingdom: Institute of Art & Law, 1997.

32 *Idem.*, p. 26-7.

Essa Convenção enumera critérios para a obrigação de diligência dos adquirentes,<sup>33</sup> estabelece uma compensação para o adquirente de boa fé<sup>34</sup> e uma prescrição ao direito de exigir a restituição de um bem cultural.<sup>35</sup> Além disso, busca a harmonização entre as legislações nacionais e define mecanismos para a restituição de bens culturais.<sup>36</sup>

No entanto, o âmbito de aplicação dessa Convenção é mais limitado do que a da Convenção de 1970; a obrigação legal de restituir se aplica somente a objetos culturais inventariados em instituições adequadas.<sup>37</sup> Além disso, apenas os objetos que foram retirados do país contrariamente às leis que regulamentam a exportação de bens culturais com a finalidade de proteger o patrimônio cultural daquele país de origem e apenas os objetos culturais que foram roubados.<sup>38</sup> Apenas 35 Estados ratificaram essa Convenção e a maioria do mercado não o ratificou.<sup>39</sup>

## 2.4. Acordos bilaterais

Diversos Estados realizam acordos bilaterais para proteger seu patrimônio cultural, uma vez que eles entendem que a cláusula obrigando um Estado a aparecer dire-

---

33 De acordo com a Convenção da UNIDROIT, as diligências cabíveis requeridas estão estabelecidas no artigo 4(4) da Convenção, a saber:

“Para determinar se o possuidor procedeu às diligências cabíveis, levar-se-ão em conta todas as circunstâncias da aquisição, em especial a qualificação das Partes, o preço pago, a consulta por parte do possuidor a todos os registros relativos a bens culturais furtados de acesso razoável, e qualquer outra informação ou documentação pertinentes que ele pudesse ter razoavelmente obtido, e a consulta a organismos aos quais ele poderia ter tido acesso, bem como qualquer outra providência que uma pessoa razoável teria tomado nas mesmas circunstâncias.”

Tradução oficial brasileira publicada no BRASIL, **Decreto 6.166, de 14 de setembro de 1999**, aprovado pelo Decreto Legislativo no 4, de 21 de janeiro de 1999 e publicada pelo Diário Oficial da União de 15 de setembro de 1999.

34 Artigo 6(1): O possuidor de um bem cultural que tenha adquirido esse bem depois de ele ter sido ilicitamente exportado tem direito, no momento de seu retorno, ao pagamento por parte do Estado requerente de uma indenização equitativa (*sic*), sob a reserva de que o possuidor não tenha sabido, ou razoavelmente devido saber, no momento da aquisição, que o bem havia sido ilicitamente exportado.

Tradução oficial brasileira publicada no BRASIL, **Decreto 6.166, de 14 de setembro de 1999**, aprovado pelo Decreto Legislativo no 4, de 21 de janeiro de 1999 e publicada pelo Diário Oficial da União de 15 de setembro de 1999.

35 Artigo 3. 3. Qualquer solicitação de restituição deve ser apresentada dentro de um prazo de três anos a partir do momento em que o solicitante toma conhecimento do lugar onde se encontra o bem cultural e da identidade do possuidor, e, em qualquer caso, dentro de um prazo de cinquenta (*sic*) anos a partir do momento do furto.

4. Entretanto, a ação para a restituição de um bem cultural que constitua parte integrante de um monumento ou de um sítio arqueológico identificados, ou que faça parte de uma coleção pública, não se submete a qualquer prazo de prescrição, senão o prazo de três anos a partir do momento em que o solicitante tomou conhecimento do lugar onde se encontrava o bem cultural, e da identidade do possuidor.

5. Não obstante as disposições do parágrafo anterior, qualquer Estado Contratante pode declarar que uma ação prescreve num prazo de 75 anos ou num prazo mais longo previsto em seu ordenamento jurídico. Uma ação, iniciada num outro Estado Contratante com vistas à restituição de um bem cultural deslocado de um monumento, de um sítio arqueológico ou de uma coleção pública situados num Estado Contratante que faça uma declaração dessa natureza, também prescreve no mesmo prazo.

Tradução oficial brasileira publicada no Decreto 6.166, de 14 de setembro de 1999, aprovado pelo BRASIL, **Decreto Legislativo no 4, de 21 de janeiro de 1999** e publicada pelo Diário Oficial da União de 15 de setembro de 1999.

36 Artigo 3. 1. O possuidor de um bem cultural furtado deve restituí-lo. 2. Para os efeitos da presente Convenção, um bem cultural obtido através de escavações ilícitas ou licitamente obtido através de escavações, mas ilicitamente retido, é considerado como furtado, se isso for compatível com o ordenamento jurídico do Estado onde as referidas escavações tenham tido lugar.

Tradução oficial brasileira publicada no Decreto 6.166, de 14 de setembro de 1999, aprovado pelo Decreto Legislativo no 4, de 21 de janeiro de 1999 e publicada pelo Diário Oficial da União de 15 de setembro de 1999.

37 PROT, op. cit., p. 15.

38 Idem, p. 27.

39 Dados coletados em 30 de abril de 2016 em <http://www.unidroit.org/status-cp>. Estados-parte da Convenção: Afeganistão (2006); Angola (2014); Argélia (2015); Argentina (2002); Azerbaijão (2003); Bolívia (1999); Brasil (1999); Burkina Faso (assinado em 1995); Camboja (2003); China (1998); Chipre (2004); Colômbia (2012); Costa do Marfim (assinado em 1995); Croácia (2001); Dinamarca (2011); El Salvador (2000); Equador (1998); Eslováquia (2003); Eslovênia (2004); Espanha (2002); Federação Russa (assinado em 1996); Finlândia (1999); França (assinado em 1995); Gabão (2004); Geórgia (assinado em 1995); Grécia (2008); Guatemala (2004); Guiné (assinado em 1995); Honduras (2014); Hungria (1998); Irã (2005); Itália (2000); Lituânia (1998); Nigéria (2006); Noruega (2002); Nova Zelândia (2007); Países Baixos (assinado em 1996); Panamá (2009); Paquistão (assinado em 1996); Paraguai (1998); Peru (1998); Portugal (2003); República da Macedônia (Antiga República Iugoslava da Macedônia) (2014); Romênia (1998); Senegal (assinado em 1996); Suécia (2011); Suíça (assinado em 1996); Zâmbia (assinado em 1995).

tamente perante os tribunais nacionais violaria a soberania dos Estados. Assim, esses acordos estabelecem uma solução mais rápida e menos dispendiosa para a restituição de bens culturais.<sup>40</sup>

Professor Jorge Sanchez Cordero entende que há uma nova *jus commune* na América Latina para a restituição de bens culturais, sendo um dos seus elementos os numerosos acordos, especialmente entre os Estados da América Latina, que estabelecem a restituição de bens culturais sem compensação.<sup>41</sup> Nesse sentido:

En el último cuarto del siglo XX, emergió una nueva óptica para la defensa de los bienes culturales que pregonaba una nueva conciencia cultural consistente en una mayor preocupación para la preservación del patrimonio cultural de la humanidad y una condena vigorosa del vandalismo del libre mercado en su forma más conspicua, como es el pillaje y la mutilación para satisfacer la demanda del mercado, gobernados claramente por una racionalidad filisteica.<sup>42</sup>

### 3. O TRÁFICO ILÍCITO DE BENS CULTURAIS NA INTERNET

O tráfico de bens nas plataformas de venda é imenso e sua monitoração extremamente difícil. Por exemplo, na plataforma eBay, temos 8.29 milhões de bens colocados à venda por dia e um fluxo de 83.9 milhões de usuários. Entre esses bens, diversos objetos culturais roubados são comercializados.

São elencados como principais dificuldades no enfrentamento desse tráfico: o volume e a diversidade de itens colocados a venda; a variedade de plataformas para venda de itens culturais na internet; falta de informações que esconde as identificações dos objetos; o tempo de reação limitado devido a rapidez das transações; as posições legais das empresas; questões complexas de jurisdição e; localização dos objetos diversa da localização das plataformas de venda.<sup>43</sup>

Devido a sua amplitude, esse tráfico é uma questão que toca e preocupa diversos órgãos internacionais, entre eles a UNESCO, ICOM e a INTERPOL e é um dos grandes desafios enfrentados pelas Polícias Federais.

#### 3.1. INTERPOL

Para melhor enfrentar esse tráfico, a UNESCO, em parceria com INTERPOL e ICOM, elaborou um documento denominado “Ações básicas concernentes aos objetos culturais oferecidos à venda na internet”, que estipula diversas recomendações, entre elas:<sup>44</sup>

- Encorajar fortemente as plataformas de venda online a publicar o seguinte aviso em todas as suas páginas nas quais objetos culturais estão em venda:  
‘No que diz respeito aos objetos culturais colocados a venda, os compradores são aconselhado a antes de comprá-los: i) verificar e solicitar a verificação da procedência lícita do objeto, incluindo os documentos que comprovem exportação legal (e eventualmente da importação) do objeto susceptível de ter sido importado; ii) solicitar prova do título legal do vendedor. Em caso de dúvida, verifique com as autoridades nacionais do país de origem e INTERPOL, e com a UNESCO ou ICOM.’

40 SANCHEZ CORDERO, J. ‘La Construcción de un Nuevo Orden Cultural Internacional’, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano XLI, n. 121, janeiro/abril de 2008, pp. 385-407.

41 Ibidem.

42 Idem., p. 184.

43 UNESCO. **Basic Actions concerning Cultural Objects being offered for Sale over the Internet**. Disponível em: <<http://portal.unesco.org/culture/fr/files/21559/11836509429MesuresTraficIlliciteEn.pdf/MesuresTraficIlliciteEn.pdf>>. Acesso em: 15/10/16.

44 Ibidem..

- Solicitar as plataformas de venda online a divulgarem informações relevantes às agências de aplicação da lei e cooperem com elas nas investigações de ofertas de vendas suspeitas de bens culturais;
- Estabelecer uma autoridade central (em conjunto com as polícias nacionais ou outras), também responsável pela proteção dos bens culturais e encarregadas de verificar e monitorar permanentemente a venda de objetos culturais na internet;
- Cooperar com as polícias nacionais e estrangeiras e com a INTERPOL, bem como com as autoridades responsáveis dos outros Estados interessados, para:
  1. Assegurar que qualquer furto e/ou qualquer apropriação ilegal de bens culturais sejam comunicados às agências nacionais da INTERPOL, a fim de permitir que a informação relevante seja afixada na base de dados de obras de arte roubadas da INTERPOL;
  2. Disponibilizar informações sobre roubo e/ou qualquer apropriação ilegal de bens culturais, bem como sobre qualquer venda subsequente de tais objetos culturais, de ou para territórios nacionais, usando a internet;
  3. Facilitar a identificação rápida de bens culturais através de:
    - i) assegurar inventários atualizados com fotografias de objetos culturais, ou pelo menos a sua descrição, por exemplo através da norma Objeto ID;
    - ii) manter uma lista de especialistas recomendados;
- Utilizar todas as ferramentas à sua disposição para proceder a controles de bens culturais suspeitos, nomeadamente a base de dados de obras de arte roubada da INTERPOL e o respectivo DVD da INTERPOL;
- Acompanhar e processar as atividades criminosas relacionadas com a venda de objetos culturais na Internet e informar a Secretaria-Geral da INTERPOL de investigações importantes envolvendo vários países.
- Manter estatísticas e registar informações sobre os controles efetuados sobre a venda de objetos culturais através da Internet, dos vendedores em causa e dos resultados obtidos;
- Estabelecer medidas legais para apreensão imediata de bens culturais em caso de dúvida razoável quanto à sua procedência lícita;
- Assegurar o regresso dos objetos apreendidos de proveniência ilícita aos seus legítimos proprietários.<sup>45</sup>

## 3.2. Alguns casos bem-sucedidos

No Brasil, após a denúncia da venda de um crucifixo por meio da plataforma Mercado Livre, o Ministério Público de Minas Gerais e a empresa assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta que obriga o site a fornecer dados cadastrais das pessoas que comercializam peças sacras.<sup>46</sup> Esse acordo tornou possível a recuperação de diversas peças sacras, dentre elas cinco coroas de santos mineiros.<sup>47</sup>

Outro exemplo bem sucedido foi conduzido pelo *Carabinieri* italiano que, em 2011, recuperou um fragmento de uma figura antropomórfica e uma cabeça antropomórfica do Equador. Por meio de um trabalho preventivo de monitoramento de plataformas de vendas, o *Carabinieri* reparou em algumas obras com nomes que geraram a suspeita de sua legalidade e após uma investigação minuciosa levou a um acervo de bens escavados ilegalmente na Itália e América Latina.<sup>48</sup>

Os casos acima mencionados foram bem sucedidos devido a denúncias ou monitoramento de plataformas de venda online. Contudo, devido à falta de recurso, esses monitoramentos não são sempre realizados de forma minuciosa.

No âmbito internacional, no entanto, podemos citar a ação positiva do eBay em

45 UNESCO. **Basic Actions concerning Cultural Objects being offered for Sale over the Internet**. Disponível em: <<http://portal.unesco.org/culture/fr/files/21559/11836509429MesuresTraficIlliciteEn.pdf/MesuresTraficIlliciteEn.pdf>>. Acesso em: 15/10/16.

46 ASSESSORIA de Comunicação do Ministério Público de Minas Gerais - Núcleo de Imprensa. **Ministério Público recupera peças sacras mineiras no interior de SP**. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/noticia/index/id/12648>>. Acesso em: 15/10/16.

47 Ibidem.

48 UNESCO. **Recovered Treasures**. Roma : Sillabe, 2012, p. 82

alguns países. Foi criado um projeto piloto que condiciona a disposição de um objeto cultural a venda mediante a comprovação de sua autenticidade e de um documento legal que comprove sua proveniência.<sup>49</sup> Esse projeto-piloto foi aplicado na Suíça durante três meses e produziu excelentes resultados, o que levou à assinatura de um memorando de entendimento. Esse memorando aplica as recomendações do Grupo de Peritos da INTERPOL sobre bens culturais roubados. Entre outras obrigações, o eBay se compromete a autorizar a venda de bens culturais na Suíça somente se esses bens forem certificados pelas autoridades competentes do país ou estrangeiras. A limitação aplica-se especialmente aos bens culturais pertencentes a uma “categoria de risco”, isto é, por exemplo, aqueles que estão nas listas vermelhas do ICOM.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o mercado de arte de bens culturais pela internet cresceu exponencialmente na última década. A facilidade e rapidez desse comércio traz um desafio para a luta contra o tráfico ilícito de bens culturais. Muitas das vezes com transações informais, a diligência requerida para a venda desses objetos não é respeitada e diversos bens culturais são vendidos ilegalmente. A falta de uma normativa sobre a matéria dificulta o trabalho dos Estados na proteção do seu patrimônio cultural, pois dependem da vontade das empresas que gerem plataformas online de venda para elaborar mecanismos de identificação e apreensão desses bens. Assim, devida a diversas facilidades, o mercado ilegal de bens culturais tem agido livremente nessas plataformas e uma ação conjunta dos Estados e dessas empresas é necessário para diminuir este tráfico.

#### 5. REFERÊNCIAS

ALVA, W. ‘The Destruction, Looting and Traffic of the Archaeological Heritage of Peru’, in Brodie, N., Doole, J., and Renfrew, C. (eds.) **Trade in Illicit Antiquities: the Destruction of the World’s Archaeological Heritage**. Cambridge: McDonald Institute, 2001, pp. 89–96. Disponível em <<http://traffickingculture.org/wp-content/uploads/2013/02/Alva-2001.pdf>>. Acesso em: 16/06/16.

ASSESSORIA de Comunicação do Ministério Público de Minas Gerais - Núcleo de Imprensa. **Ministério Público recupera peças sacras mineiras no interior de SP**. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/noticia/index/id/12648>>. Acesso em: 15/10/16.

BRASIL, **Decreto 6.166, de 14 de setembro de 1999**, aprovado pelo Decreto Legislativo no 4, de 21 de janeiro de 1999 e publicada pelo Diário Oficial da União de 15 de setembro de 1999.

\_\_\_\_\_, **Decreto 72.312, de 31 de maio de 1973** aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 71, de 28 de novembro de 1972 e publicada pelo Diário Oficial da União de 8 de junho de 1973.

\_\_\_\_\_, **Programa IV – Cultura**. Disponível em <<http://brasunesco.itamaraty.gov.br/pt-br/cultura.xml>>. Acesso em: 15/10/2016.

CONSEIL DE VENTES VOLONTAIRES. **Rapport d’activité 2014: les ventes aux enchères**

49 PLANCHE, Edouard. **Fighting against illicit trafficking of cultural goods on the Internet: UNESCO and its partners’ response**. Disponível em: <<https://cites.org/eng/news/world/19/5.php>>. Acesso em: 15/10/16.



**publiques en France.** Paris: La documentation Française, 2014.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2199** (2015). Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2199%20\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2199%20(2015))>. Acesso em: 15/10/16.

MERRYMAN, J. 'The retention of cultural property', in Merryman, J. (ed.) **Thinking about the Elgin Marbles: critical essays on cultural property, art and law.** London: Kluwer Law International, Ltd., 2000, pp. 122-156.

NEGRI, V. **Estudo jurídico sobre a proteção do patrimônio cultural por meio das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas: O patrimônio cultural sob o prisma da resolução 2199 (2015) do Conselho de Segurança.** UNESCO, 2015. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Portuguese\\_Etude\\_negri\\_RES2199.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Portuguese_Etude_negri_RES2199.pdf)>. Acesso em: 9/06/2016.

O'KEEFE, P.J. **Commentaire relatif à la Convention de l'Unesco de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels.** United Kingdom: Institute of Art & Law, 2014.

O'KEEFE, P.J., PROTT, L.V. **Cultural heritage conventions and other instruments: A compendium.** Bülth Wells, United Kingdom: Institute Of Art And Law, 2011.

PLANCHE, Edouard. 'Lá Convención de 1970', **Cultural y Desarrollo**, (10), 2010, pp. 20-22.

\_\_\_\_\_. **Fighting against illicit trafficking of cultural goods on the Internet: UNESCO and its partners' response.** Disponível em: <<https://cites.org/eng/news/world/19/5.php>>. Acesso em: 15/10/16.

PROTT, L.V. **Commentary on the Unidroit convention on stolen and illegally exported cultural objects 1995.** United Kingdom: Institute of Art & Law, 1997.

SANCHEZ CORDERO, J. 'La Construcción de un Nuevo Orden Cultural Internacional', **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano XLI, n. 121, janeiro/abril de 2008, pp. 385-407.

UNESCO, **Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property**, 14 de novembro de 1970, entrada em força em 24 de abril de 1972, 823 UNTS 231.

\_\_\_\_\_, **Statutes of the Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation**, adotado pela 20 C/Resolution 4/7.6/5 na 20a sessão da Conferência Geral da UNESCO, Paris, 24 Outubro-28 Novembro 1978.

\_\_\_\_\_, **Return or Restitution Cases.** Disponível em <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/restitution-of-cultural-property/return-or-restitution-cases/>>. Acesso em: 27/05/2016.

\_\_\_\_\_, **The movement of cultural property in 2016: regulation, international cooperation and professional diligence for the protection of cultural heritage.** Disponível em <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/meetings/art-market-round-table/>> Acesso em: 9/06/2016).

\_\_\_\_\_, **The National Directorate of the National Institute of Cultural Heritage of**



**the Republic of Ecuador alerted UNESCO to the theft of a cultural object** - May 2016. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Aler-ta\\_Ecuador.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Aler-ta_Ecuador.pdf)> Acesso em: 15/10/2016.

\_\_\_\_\_. **Basic Actions concerning Cultural Objects being offered for Sale over the Internet.** Disponível em: <<http://portal.unesco.org/culture/fr/files/21559/11836509429Me-suresTraficIlliciteEn.pdf/MesuresTraficIlliciteEn.pdf>>. Acesso em: 15/10/16.

\_\_\_\_\_. **Basic Actions concerning Cultural Objects being offered for Sale over the Internet.** Disponível em: <<http://portal.unesco.org/culture/fr/files/21559/11836509429Me-suresTraficIlliciteEn.pdf/MesuresTraficIlliciteEn.pdf>>. Acesso em: 15/10/16.

\_\_\_\_\_. **Basic Actions concerning Cultural Objects being offered for Sale over the Internet.** Disponível em: <<http://portal.unesco.org/culture/fr/files/21559/11836509429Me-suresTraficIlliciteEn.pdf/MesuresTraficIlliciteEn.pdf>>. Acesso em: 15/10/16.

\_\_\_\_\_. **Recovered Treasures.** Roma: Sillabe, 2012.

\_\_\_\_\_. **The movement of cultural property in 2016: regulation, international co-operation and professional diligence for the protection of cultural heritage.** Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/meetings/art-market-round-table/>>. Acesso em: 15/10/16.



# O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DA “CLOUD COMPUTING”

Flaviano de Oliveira Santos Neto<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Já próximos do fim da segunda década do século XXI, é lugar comum falar do quanto o processo mundial de desenvolvimento tecnológico, que cresce exponencialmente, ano a ano, impacta na vida das pessoas. No centro desse processo, está a internet. De acordo com dados recentes, publicados pela UIT – União Internacional das Telecomunicações e pela inglesa BBC, o planeta tem, hoje, cerca de 3,2 bilhões de pessoas conectadas à rede, número do qual fazem parte 49,4% da população brasileira. Desse modo, e diante do fato de que praticamente uma a cada duas pessoas, ao redor do mundo, está conectada à rede, torna-se quase impossível ignorar esse fenômeno. Ainda assim - e em virtude disso - nos chama a atenção o fato de que nem tudo tem sido capaz de acompanhar a velocidade com que esse processo tem ganhado força e provocado mudanças estruturais no modo como nos relacionamos diariamente.

Nesse compasso, o trabalho que aqui se segue pretende tratar, especificamente, do Direito e da sua necessidade de estar sempre a par das demandas da sociedade em que está inserido. É patente o fato de que a nossa lei – e nos focaremos, a partir de agora, na lei tributária – tem tido dificuldade de acompanhar esta demanda. Talvez em virtude do choque entre a velocidade com que a tecnologia e, mais especificamente, a internet se reinventa e muda completamente os nossos paradigmas, e a morosidade que faz parte do nosso processo legislativo; ou mesmo que se defenda que as mudanças no âmbito do Direito se deem, de fato, de maneira naturalmente mais serena e gradual do que aquelas fora dele, fato é que a nossa legislação precisa se adequar aos novos tempos, em diversos pontos.

Nesse ínterim, o trabalho que aqui elaboramos pretende abordar a questão do tratamento ideal que deve ser dispensado pelo Direito Tributário – mais especificamente, o brasileiro – em relação ao que se tem chamado de “*cloud computing*” – ou “computação em nuvem”, em tradução livre –, tecnologia que se apresenta como um novo meio de usar a internet, e que, assim como diversas outras mudanças e novidades dos últimos tempos, tem se transformado em uma incógnita para tributaristas e economistas em todos os cantos do mundo.

Ao tempo em que este artigo é redigido, vota-se no Planalto Central proposta de lei direcionada a tributar as atividades desenvolvidas via computação em nuvem. A abordagem que será feita adiante, por conseguinte, também trabalhará a opção feita no projeto e os motivos pelos quais entendemos ser, ela, falha.

## 2. O QUE É “CLOUD COMPUTING”?

A expressão “*cloud computing*”, traduzida neste artigo como “computação em nuvem” é, na realidade, uma imagem de síntese, uma simples metáfora para a internet.

---

<sup>1</sup> Flaviano de Oliveira Santos Neto é estudante de graduação em Direito na Faculdade de Direito da UFMG, assim como participante do Grupo de Estudos em Processo Tributário (GEPT) e membro da Clínica de Prática e Pesquisa em Direito da Internet e Novas Tecnologias, ambas da UFMG. Tem como áreas de principal interesse o Direito Tributário, Societário e Financeiro.

Como um ambiente virtual que conecta usuários e transfere dados ao redor do mundo, a internet é como uma nuvem, que paira no espaço, sem ser sentida, e distribui informação através de uma rede de satélites. Ao contrário do que geralmente se pensa ao escutar a expressão, essa “nuvem” não existe de fato. Trata-se apenas de um novo modo de compartilhar arquivos, softwares e informações na rede.

De maneira mais técnica, segundo o *National Institute of Standards and Technology*, “*cloud computing*” é uma tecnologia que permite o acesso, de maneira conveniente e sob demanda, a uma gama de recursos configuráveis de computação, como, por exemplo, redes, servidores, plataformas de armazenamento, aplicações e serviços, os quais podem ser rapidamente provisionados e liberados com um mínimo esforço de gerenciamento ou interação com o provedor de serviços<sup>2</sup>.

A tecnologia da computação em nuvem permite que o usuário execute programas, trabalhe variados arquivos e tenha acesso a diversos tipos de informação sem precisar manter nenhum desses itens guardados na memória do próprio computador. Ao invés disso, ele os acessa remotamente, na “nuvem”, utilizando a internet. Porém, o que acontece, de fato, é que esses dados estão todos alocados em discos rígidos em algum lugar do planeta – na maioria das vezes, fracionados entre discos rígidos instalados em diversas localidades. Dessa maneira, através da internet, o usuário pode acessar esses dados de qualquer lugar do mundo; pode fazer o download dos mesmos para algum dispositivo específico, como um tablet, um smartphone ou um notebook, por exemplo; ou pode, ainda, entre outras possibilidades, editar programas e arquivos particulares, mas que estão alocados na memória de um computador remoto, tornando possível, inclusive, que mais de um usuário trabalhe no mesmo documento, simultaneamente.

Entre as principais operações feitas através do modelo de computação em nuvem, nós destacamos três, as quais explicaremos rapidamente apenas para ilustrar e facilitar o entendimento do problema que virá a ser discutido adiante. São elas:

## 2.1. INFRASTRUCTURE AS A SERVICE (IAAS)

Nas palavras de Nathan Day, cientista chefe da SoftLayer,

o modelo de IaaS significa providenciar matérias-primas sob demanda (computação, armazenamento, rede) para usuários para que eles possam executar suas cargas de trabalho em um ambiente flexível, escalável, sem a sobrecarga de obtenção e operação de uma engrenagem física própria e adequada para tanto<sup>3</sup>. (tradução nossa)

Ou seja, o usuário acessa, na “nuvem”, a estrutura básica de um outro computador, de maneira que pode utilizá-la para armazenar arquivos ou desenvolver determinado programa sem precisar arcar com o custo de possuir, de fato, uma máquina própria e capaz de executar esse papel.

---

2 MELL, Peter; GRANCE, Timothy. **The NIST Definition of Cloud Computing**. Disponível em: <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>>. p.2. Acessado em 17/07/2015. “Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction”.

3 “Infrastructure as a service is providing raw materials (compute, storage, network) to users on-demand so that they can execute their workloads in a flexible, scalable environment without the overhead of obtaining and operating physical gear.” In: FORK, Michael. **What is infrastructure as a service (IaaS)?** Disponível em <<http://www.thoughtsoncloud.com/2014/02/what-is-infrastructure-as-a-service-iaas/>>, acessado em 17/07/2015.

## 2.2. PLATFORM AS A SERVICE (PAAS)

Segundo definição oficial do National Institute of Standards and Technology (NIST),

[...] trata-se, o modelo de PaaS, da capacidade fornecida ao consumidor de implantar na nuvem uma infraestrutura ou aplicativos, criados ou adquiridos por ele, usando linguagens de programação, bibliotecas, serviços e ferramentas de suporte do provedor. O consumidor não gerencia ou controla a infraestrutura subjacente da nuvem, incluindo a rede, os servidores, os sistemas operacionais, ou a própria plataforma de armazenamento, mas tem controle sobre os aplicativos implantados e definições de configuração possíveis para o ambiente de hospedagem em questão<sup>4</sup>. (tradução nossa)

Em outras palavras, o indivíduo acessa, remotamente, a plataforma básica de um computador, como um sistema operacional puro, por exemplo, em cima do qual ele pode trabalhar de diversas maneiras, seja programando, instalando e executando diversos softwares, etc.

O ponto mais interessante do PaaS é que os desenvolvedores podem permanecer completamente abstraídos dos detalhes mais básicos daquela plataforma, para que possam se concentrar totalmente no que realmente há de bom no uso da mesma (rápido desenvolvimento e implementação) e não se preocupar com coisas como escalabilidade, segurança e afins que são totalmente gerenciados pelo próprio PaaS<sup>5</sup>.

## 2.3. SOFTWARE AS A SERVICE (SAAS)

Talvez a operação em cloud computing que provoque mais rebuliço nos bastidores do Direito Tributário seja a SaaS. No entender do National Institute of Standards and Technology, trata-se

[...] da capacidade fornecida ao consumidor de usar aplicativos do provedor de execução em uma infraestrutura de nuvem. As aplicações são acessíveis a partir de vários dispositivos, quer através de uma interface simples, como um navegador da Web (por exemplo, e-mail baseado na web), quer uma interface de programa. O consumidor não gerencia ou controla a infraestrutura de nuvem subjacente, incluindo rede, servidores, sistemas operacionais, armazenamento, ou até mesmo recursos de aplicativos individuais, com a possível exceção de definições limitadas de configuração de determinado aplicativo específico<sup>6</sup>. (tradução nossa)

De maneira mais simples, trata-se, o SaaS, de praticamente todos os programas disponibilizados na internet e que trabalham de maneira remota. Aplicativos como o Spotify ou o Netflix, por meio dos quais se ouve músicas e se assiste filmes sem precisar fazer o download dos respectivos arquivos de mídia, são exemplos claros e famosos de softwares que funcionam com computação em nuvem. É aqui, aliás, que o problema fica mais evidente em relação à tributação dessa atividade no Brasil.

---

4 “Platform as a Service (PaaS). The capability provided to the consumer is to deploy onto the cloud infrastructure consumer-created or acquired applications created using programming languages, libraries, services, and tools supported by the provider. The consumer does not manage or control the underlying cloud infrastructure including network, servers, operating systems, or storage, but has control over the deployed applications and possibly configuration settings for the application-hosting environment” JOSHI, Sunil. **What is platform as a service (PaaS)?** Disponível em: <http://www.thoughtsoncloud.com/2014/02/what-is-platform-as-a-service-paas/>, acessado em 17/07/2015.

5 Ibidem.

6 “Software as a Service (SaaS). The capability provided to the consumer is to use the provider’s applications running on a cloud infrastructure. The applications are accessible from various client devices through either a thin client interface, such as a web browser (e.g., web-based email), or a program interface. The consumer does not manage or control the underlying cloud infrastructure including network, servers, operating systems, storage, or even individual application capabilities, with the possible exception of limited user specific application configuration settings” Idem.

Se, por um lado, as operações de IaaS e de PaaS chamam a atenção mais frequentemente de técnicos e/ou de pessoas mais familiarizadas, que trabalham de maneira mais aprofundada nas áreas de TI, de programação, entre outras, os SaaS fazem parte da vida de praticamente toda e qualquer pessoa que tem acesso à internet. Em virtude disso, a proporção econômica que esse tipo de serviço e de atividade tem tomado nos últimos anos<sup>7</sup>, de maneira extremamente rápida, tem chamado a atenção dos governos para a oportunidade e a necessidade de enquadrá-lo no âmbito de incidência dos seus respectivos sistemas tributários.

Além disso, ao analisar cada uma dessas formas de disponibilização de serviços e de implantação, percebe-se o que parece ser uma inversão de negócios. Antes, as empresas se preocupavam em vender infraestruturas, storages, equipamentos e servidores (hardware e firmware); programas de computadores e plataformas (softwares); comunicação (telecom), etc. Agora, porém, a preocupação já não gira mais ao redor desses insumos. O ponto principal passa a ser, cada vez mais, o próprio serviço, ou seja, os modelos de IaaS, PaaS, SaaS, etc.<sup>8</sup>. Essa metamorfose sofrida pelo mercado, por sua vez, precisa vir acompanhada de uma transformação também nos mecanismos jurídicos de acobertamento de negócios e atividades. É a partir dessa constatação que seguimos adiante no nosso estudo.

### 3. O DIREITO TRIBUTÁRIO NO BRASIL

Parece-nos interessante, neste ponto do trabalho, analisar de maneira prática e específica a situação do nosso país em meio a essa polêmica em matéria de tributação. Assim como tem ocorrido na maioria dos outros locais do planeta onde as pessoas acessam a internet e já a utilizam como ferramenta básica no dia-a-dia, Fisco e contribuintes brasileiros mantêm-se atentos e curiosos acerca de qual o melhor tratamento tributário a ser dado ao tema em debate. Em uma primeira análise, a partir do conjunto de tributos e obrigações acessórias que compõem o nosso sistema atual, a forma que mais parece se adequar à necessidade de taxar a atividade que aqui discutimos é fazê-lo através do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, o ISSQN – ou simplesmente ISS –. É esse, aliás, o caminho que vem sendo tomado pelos que aqui estudam o tema.

#### 3.1. A INSUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ATUAL

O Imposto Sobre Serviços, de competência municipal<sup>9</sup>, incide, como o próprio nome já diz, sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, sejam eles fornecidos ou usufruídos dentro do território nacional, ou mesmo que sua prestação seja proveniente do exterior ou lá tenha sido iniciada. Simples seria, portanto, adequar os serviços prestados através da tecnologia de computação em nuvem ao escopo de incidência do ISS não fosse o art. 1º da LC 116/2003, que dispõe sobre o imposto:

Art. 1º. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

7 “Worldwide software-as-a-service (SaaS) revenue is forecast to reach \$14.5 billion in 2012, a 17.9 percent increase from 2011 revenue of \$12.3 billion, according to Gartner, Inc. SaaS-based delivery will experience healthy growth through 2015, when worldwide revenue is projected to reach \$22.1 billion”. GARTNER, **Gartner Says Worldwide Software-as-a-Service Revenue to Reach \$14.5 Billion in 2012**. Disponível em <<http://www.gartner.com/newsroom/id/1963815>>, acessado em 17/07/2015.

8 IIZUKA, André Sussumu, **Tributação do cloud computing é uma incógnita**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/andre-iizuka-tributacao-servico-cloud-computing-incognita>>, acessado em 14/07/2015.

9 Art. 156, III – Constituição da República, de 1988.



A lei deixa clara a necessidade de constar da lista a ela anexa a hipótese fática sobre a qual se pretende cobrar o Imposto Sobre Serviços e, como se percebe ao ler a lista em questão, não há previsão para a cobrança sobre serviços disponibilizados “em nuvem”. A dificuldade na escolha do ISS como meio para taxar a atividade que aqui discutimos, portanto, não chega nem mesmo a entrar na seara da discussão sobre se as atividades trabalhadas com *cloud computing* reúnem ou não características próprias de uma prestação de serviço, simplesmente porque a atividade nem mesmo consta da lista anexa à LC 116/2003<sup>10</sup>.

Há quem defenda, atualmente, a possibilidade de se utilizar dos itens 1.02 – Programação; 1.03 – Processamento de dados e congêneres; e/ou 1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação para proceder a tributação de serviços disponibilizados em nuvem, estratégia essa que seria capaz de acabar com a espera e transformar desde já a matéria da discussão em mais uma fonte de renda para o Erário. No entanto, pensamos não se tratar, essa, de uma estratégia viável.

Primeiramente, parece impossível a utilização dos itens 1.02 e 1.03 por se tratarem de processos quase que irremediavelmente necessários para a prestação de qualquer tipo de serviço de computação em nuvem. Apoiando-nos na força e no peso da jurisprudência<sup>11</sup>, lembramos não haver incidência de ISS sobre serviços prestados como atividades-meio, mesmo que expressamente previstos no rol da Lei Complementar nº 116. Dessa maneira, reconhecendo a existência de atividades de programação e/ou processamento de dados e congêneres em praticamente todo contrato que trate de serviços disponibilizados em nuvem, utilizando-se, por exemplo, das operações de IaaS, PaaS ou SaaS, torna-se clara a impossibilidade de adequar os itens 1.02 e 1.03 da lista à possível hipótese de incidência que aqui discutimos.

Quanto à hipótese prevista no item 1.05, a problemática é um pouco mais específica. O item referente a “licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”, inicialmente pensado para solucionar o tratamento que deveria ser dado à dicotomia software de prateleira vs. software sob encomenda<sup>12</sup>, pode não ser ideal para cobrir as situações fruto de cloud computing. Afinal, desconsiderando a existência de outras particularidades, na computação em nuvem, muitas vezes, o usuário não precisa nem mesmo fazer o download do programa/serviço, uma vez que toda a operação se dá “na nuvem”. Dessa maneira, surge a dúvida quanto ao fato de existir, realmente, esse tal licenciamento ou essa tal cessão do direito de uso de determinado programa. O problema é ainda maior quando reparamos em operações de IaaS ou PaaS, por exemplo, nas quais, muitas vezes, o que há é apenas a cessão de um espaço virtual para armazenamento de dados, sendo, portanto, impossível de subsumir a atividade ao fato gerador previsto no item 1.05 da LC 116/2003. Nesse passo, ao nosso ver, o item em questão não está revestido da melhor redação possível para tornar fato gerador tributável pelo

10 Raciocínio convergente em MOTTA, Douglas, **O ISS e a computação em nuvem**. Disponível em <<http://www.telcomp.org.br/site/index.php/noticias-setor/o-iss-e-a-computacao-em-nuvem>>, acessado em 20/07/2015.

11 Como por exemplo, STJ - REsp 883254 MG 2006/0047850-0.

12 Em poucas palavras, trata-se de discussão jurisprudencial, aparentemente finalizada há alguns anos, pelo Supremo Tribunal Federal, referente à tributação da comercialização de softwares, se se daria mediante ICMS ou ISS. Diante do item 1.05 da Lista Anexa à LC 116/2003, entendia-se, por exclusão, que incidiria ICMS apenas sobre os softwares vendidos nas lojas, em larga escala, com embalagem física e expostos nas prateleiras, pois eles se assemelhavam mais a mercadorias em circulação do que a uma prestação de serviços. Em análise posterior, decidiu-se que a aquisição do software via download não excluiria o caráter de circulação de mercadorias da operação, de maneira que também deveria incidir, sobre ela, o ICMS. A diferenciação, agora, se dá em seara de personalização do programa. Ou seja, se ele é produzido em larga escala, padronizado e sem qualquer especificação para os destinatários, equivale aos programas de computador de prateleira, e está sujeito à incidência do ICMS. Por outro lado, incide ISS sobre aqueles softwares personalizados e desenvolvimentos especialmente para cada usuário.



ISS a hipótese de incidência trabalhada neste artigo.

Para tentar contornar o problema, tramita, no Congresso Nacional, projeto de lei com o objetivo de ampliar o rol de hipóteses previstas na lista anexa, de maneira que passe a abarcar os serviços prestados na nuvem. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 386, do Senador Romero Jucá, que foi convertido no Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 15 e que, aliás, à época em que este artigo era produzido, se encontrava já na pauta ordinária para votação pelo Plenário da Casa. O texto original do projeto procurava inserir o item “1.09 – computação em nuvem” na lista anexa supracitada, junto a algumas outras disposições, como a pretensão de incluir também outros itens na mesma lista, alguns, aliás, da mesma forma referentes a serviços de informática e internet. Porém, após anos de discussões no Congresso, o texto que será finalmente votado traz redação diferente, um pouco mais técnica, qual seja: “1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdo pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS)”. Analisemos.

### 3.2. A REDAÇÃO PARA UM NOVO ITEM 1.09 DA LISTA ANEXA À LC 116/2003.

A redação original pensada pelo legislador brasileiro para o item 1.09 era “computação em nuvem”. Aparentemente, segundo o raciocínio trabalhado à época, a expressão “computação em nuvem”, pelo seu caráter amplo e relativamente indefinido, seria capaz de abarcar uma pluralidade de situações e contratos mais específicos que, em virtude dessa especificidade, seriam mais dificilmente definidos de maneira pontual em um rol de fatos geradores expressos, como são os do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Ao nosso ver, porém, a alternativa encontrada não é a ideal.

Em primeiro lugar, relativizar a importância da precisão técnica, ainda que mais difícil de ser alcançada, em nome de uma alternativa mais simples, porém imprecisa, não é benéfico para o ordenamento em âmbito algum do Direito, pois pode gerar dúvidas e dar espaço para formação de lacunas e controvérsias. Ainda mais grave é a feitura dessa escolha em searas tão complexas e tecnicistas quanto o Direito Tributário e o Direito da Internet. Portanto, acreditamos que utilizar generalização de tal maneira não criteriosa<sup>13</sup> não representa a escolha mais adequada entre as que podem ser feitas para cuidar do problema em debate.

Dito isso, importa discutir, ainda, a questão de a “computação em nuvem” não representar, de fato, um tipo específico de serviço<sup>14</sup>. A tecnologia corresponde, por outro lado, à maneira pela qual se dá a oferta de diversas utilidades em ambiente de internet, que envolvem processamento e armazenamento de dados, utilização de softwares, entre outras operações, muitas vezes de maneira simultânea e entrelaçada. Como explica Maurício Barros, o traço diferencial da “computação em nuvem” não é o serviço em si, mas o fato de que a prestação não requer o conhecimento, por parte do consumidor,

13 BARROS, Maurício, **ISS sobre a computação em nuvem**. Disponível em: <<http://www.noticiasfiscais.com.br/2013/10/23/iss-sobre-a-computacao-em-nuvem/>>, acessado em 20/07/2015.

14 De acordo com ANASTASSIADIS, Georgios Theodoros. **Sem lei específica e por abarcar diversas modalidades, cloud computing dificulta enquadramento tributário pelas empresas**. Disponível em <<http://www.amcham.com.br/impactos-legislativos-e-juridicos/noticias/sem-lei-especifica-e-por-abarcar-diversas-modalidades-cloud-computing-dificulta-enquadramento-tributario-pelas-empresas>>, acessado em 17/07/2015.

quanto à localização física e a configuração do sistema que presta os serviços. Por meio da nuvem, o usuário contrata a utilidade, muitas vezes a partir de computadores com pouca capacidade de memória, justamente porque operará softwares e arquivos de forma remota - ou seja, inexistindo a necessidade de se fazer algum tipo de download - e sem uma localização física específica e pré-definida, já que arquivos e programas podem ser remanejados de acordo com as necessidades do prestador sem afetar o desempenho percebido pelo contratante do serviço<sup>15</sup>. Dessa maneira, o uso da expressão “computação em nuvem” como definição de fato gerador do ISS, em um eventual item 1.09 da lista anexa à Lei Complementar nº 116, apresenta-se não apenas como uma alternativa imprecisa, mas também desarrazoada.

Alvo de diversas críticas pela doutrina especializada, o texto do projeto de lei foi reformado quando da propositura, pela Câmara dos Deputados, de substitutivo ao projeto original. A nova redação pensada para o item 1.09, assim, passou a ser “disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos”.

Superada a problemática da generalidade da expressão “computação em nuvem” – superação, esta, merecedora dos nossos aplausos –, o que ficou claro no texto do Substitutivo foi a mudança de foco da redação escolhida. Se, por um lado, a relação original era ampla e generalizante demais, de modo a visar a tributação de toda e qualquer atividade exercida via tecnologia de computação em nuvem – o que seria um erro –; por outro lado, a nova redação parece ter um direcionamento específico, qual seja, a tributação de atividades específicas, como as de streaming, em que se cita Netflix e Spotify como principais exemplos de empresas que passarão a ser contribuintes do imposto, uma vez aprovada a redação em Plenário.

De fato, a expressão “disponibilização, sem cessão definitiva, por meio da internet” de determinadas espécies de conteúdo abarca uma parcela das atividades desenvolvidas via *cloud computing*, usualmente classificadas como SaaS e, portanto, facilmente enquadradas como serviços. A inclusão dessas atividades no rol anexo à Lei Complementar nº 116/2003, desse modo, é plausível e não encontrará críticas sobremaneira violentas. Porém, ressaltamos que a redação proposta para o item 1.09 da Lista Anexa, pelo Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 15/2015, não é capaz de preencher toda a lacuna existente no que diz respeito à correta tributação da generalidade de atividades trabalhadas em forma de computação em nuvem. Resta saber se os referidos IaaS e PaaS são, de fato, serviços, ou se devem ser enquadrados em espécie de atividade diversa. É o que será discutido a seguir.

### 3.3. SERVIÇO OU LOCAÇÃO?

Como explicado acima, três são as operações mais comuns executadas em *cloud computing*: SaaS, IaaS e PaaS. Enquanto, por um lado, atividades existentes sob a forma de SaaS podem ser facilmente caracterizáveis como um serviço – entre outros motivos, pelo fato de representarem o fornecimento e a contratação de um software e suas funcionalidades, com um fim específico e predeterminado, o qual, uma vez ativado pelo

---

15 BARROS, Maurício, **ISS sobre a computação em nuvem**. Op.cit., E ainda: “De tudo isso, resulta claro que não existe um serviço de “computação em nuvem” apto à incidência do ISS, porquanto a nuvem é apenas o meio em que serviços e outras utilidades podem ser contratados, não um serviço em si. Ao tentar apontar o meio em que ocorre a prestação de serviços como a própria materialidade possível de incidência do ISS, o legislador incorre no grave erro de ignorar a estrutura dos tributos, que pressupõe um ato ou negócio jurídico como pressuposto de fato para sua incidência, não o seu ambiente”.

usuário, é capaz de processar seus dados e de executar suas atividades de maneira autônoma –, os usos feitos pelos usuários das de PaaS e IaaS podem dar uma certa carga de dúvida a esse processo de caracterização jurídica das atividades.

Uma definição mais trabalhada de ambas as operações já foi explicada na Introdução, por isso, não nos demoraremos mais do que o necessário nesse ponto. De maneira geral, porém, tanto IaaS quanto PaaS representam o fornecimento, em nuvem, de um ambiente de computação – seja uma plataforma, mais rudimentar, ou uma infraestrutura já montada, possuidora de mais recursos do que a primeira – em cima do qual o usuário pode trabalhar arquivos próprios, desenvolver aplicativos, programar, ou simplesmente armazenar dados diversos, de acordo com a sua necessidade e a capacidade do espaço contratado. Fato é que, frente ao que foi dito, surge a dúvida: tratam-se, IaaS e PaaS, de operações caracterizáveis como serviços propriamente ditos ou como atividades de locação de espaço virtual?

O questionamento existe, mas ainda carece de uma resposta definitiva. Devemos entender, porém, não se tratar de uma pergunta simples. Por um lado, o contratante desse tipo de operação não gerencia nem controla a infraestrutura – ou a plataforma – disponibilizada para ele; porém, possui completo poder de gerência sobre os arquivos que aloca e os processos que executa sobre aquele ambiente. Por sua vez, o contratado não controla de maneira alguma o conteúdo dos dados ou a natureza das atividades executadas sobre o ambiente que disponibilizara, uma vez que seu papel é simplesmente o de ceder o espaço virtual, cobrando pela capacidade cedida.

Há quem defenda que, mesmo sem assumir a responsabilidade pela operacionalidade e pela natureza dos dados e/ou programas alocados e criados pelos clientes, o prestador é responsável por gerenciar toda a infraestrutura disponibilizada, provendo condições de operacionalidade e segurança; em virtude disso, seria ele, portanto, um prestador de serviços<sup>16</sup>.

A dúvida nos parece semelhante ao problema da locação de automóveis, por exemplo. A responsabilidade do fornecedor do espaço virtual de manter e gerenciar a infraestrutura que virá a ser disponibilizada para locação, inclusive, se assemelha à responsabilidade do seu respectivo de manutenção dos automóveis para que os mesmos tenham condições de uso quando efetivamente locados. Cabe lembrar que, quanto à questão dos automóveis, tanto jurisprudência quanto doutrina já pacificaram o entendimento respectivo no sentido da impossibilidade de cobrança do ISS sobre a atividade, em virtude de a mesma não representar, de fato, um serviço<sup>17</sup> – além de não estar prevista no rol de hipóteses de incidência anexo à lei que institui o imposto. Sem discutir o mérito desse entendimento, parece clara, enfim, através de uma interpretação extensiva do que foi exposto, a impossibilidade de incidir o imposto sobre a atividade em debate, ao menos sob a égide do ordenamento jurídico em seus moldes atuais.

Finalmente, frente a toda essa discussão que se agiganta, importa ressaltar a necessidade de se trabalhar com a natureza jurídica própria dos “serviços” e das “atividades locação”, plenamente definidas pela Ciência Jurídica. O debate, afinal de contas, não pode ser vazio, nem mesmo esquecer da grandíssima relevância dos estudos que já focaram essa diferenciação.

16 MOTA, Douglas, **O ISS e a computação em nuvem**. Op.cit.

17 TJ-SP - REEX 01623794420078260000 SP 0162379-44.2007.8.26.0000. Relator: Cláudio Marques, 14ª Câmara de Direito Público.

Nesse sentido, lembramos da conceituação trazida por Rosenvald e Farias para a “prestação de serviço”. Segundo os autores, a prestação de serviço, exposta no art. 594<sup>18</sup> do Código Civil de 2002, consiste, em linguagem simples e direta, da assunção de obrigação de fazer por uma parte (prestador de serviço ou executor), consistente em realizar atividades que geram proveito para outra (tomador de serviços ou solicitante), mediante uma retribuição<sup>19</sup>. Do mesmo modo, assevera, Caio Mário da Silva, ser o contrato de prestação de serviços contrato bilateral, oneroso e consensual, em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração<sup>20</sup>. É perceptível, destarte, a possibilidade de subsunção das atividades trabalhadas como SaaS ao conceito de “prestação de serviços”, trazido acima. Como exemplo simples, cita-se o aplicativo Spotify e o seu funcionamento em SaaS. O seu enquadramento como serviço se cristaliza a partir do funcionamento do aplicativo, que compreende a disponibilização e reprodução de músicas (obrigação de fazer), assim como a possibilidade de criação de playlists ao gosto do usuário (personalização do serviço). Tudo isso mediante pagamento de mensalidade (remuneração).

De outro modo, pelo que se extrai do art. 565<sup>21</sup> do Código Civil, e nas palavras de Pablo Stolze, a locação de coisas é o negócio jurídico por meio do qual uma das partes (locador) se obriga a ceder à outra (locatário), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa remuneração. Nesse ponto, ressalta-se a problemática referente à (in)fungibilidade do espaço virtual, aspecto que tornaria ainda mais complexa a discussão sobre a possibilidade de tratamento das atividades trabalhadas em IaaS ou PaaS como hipótese de locação. Entretanto, registramos a existência de argumentação tendente a configurar a técnica de IaaS e PaaS como uma locação de espaço virtual, e não como uma prestação de serviço, tendo em vista o seu funcionamento enquanto plataforma de guarda de arquivos e programas, ou de infraestrutura computacional simples sobre a qual o usuário pode exercer suas atividades.

A título de esclarecimento, era sabido constar do PLS nº 386/2012, do Senador Romero Jucá, a tentativa de inserir também o item 3.06 – locação empresarial de bens móveis – na lista que contempla as hipóteses de incidência do ISS. Uma vez aprovada a versão original do projeto, outras discussões poderiam surgir, como se dever-se-ia enquadrar as operações de IaaS e PaaS sob o item 1.09 ou sob o item 3.06, por exemplo. No entanto, o suposto item 3.06 não foi incluído no Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 15/2014, motivo pelo qual não pretendemos desenvolver, aqui, semelhante discussão. Afinal, além de ter havido a perda do objeto, entendemos fugir um pouco do escopo do nosso trabalho.

### 3.4. O PROBLEMA DA TERRITORIALIDADE

Naturalmente complexo, o tema da tributação das atividades e dos serviços fornecidos via computação em nuvem pode se desdobrar em diversas outras discussões, mesmo após o aceite do Congresso Nacional em incluir a redação proposta pelo Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 15/2015 para o item 1.09 da Lei Complementar nº

---

18 Art. 594, Lei 10.406/2002: Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

19 FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Vol. 4 – Direito dos Contratos**. Editora JusPodivm, 2ª Edição. Salvador. 2012, p. 784.

20 DA SILVA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil, Vol. III – Contratos**. Ed. Forense, 17ª Edição. Rio de Janeiro. 2013, p. 348.

21 Art. 565, Lei 10.406/2002: Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

116/2003. Sendo assim, buscando finalizar a exposição das dificuldades, tanto teóricas quanto práticas, que giram em torno das tentativas de tributação da *cloud computing*, propomos a discussão de um último tópico: o problema da territorialidade.

É bem verdade o fato de que a própria Lei Complementar nº 116/2003 já soluciona grande parte do problema com a combinação dos arts. 3º e 5º. No entanto, surge, aqui, uma dúvida. No mundo da *cloud computing*, a rede compartilhada de computadores que forma a “nuvem” não precisa, necessariamente, estar toda em um mesmo local, de maneira que diferentes partes das máquinas podem estar estabelecidas em diferentes municípios, estados ou, até mesmo, países. Diante dessa constatação, portanto, fica claro que a simples inclusão da modalidade de serviço na Lista Anexa, embora torne a atividade fato gerador de ISS, não é suficiente para solucionar todas as problemáticas existentes relativas à tributação desse tipo de operação.

Após a emenda do rol de serviços anexo à LC 116/2003, restará a necessidade de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial – ou, ainda, quem sabe, legal – para que se estabeleçam critérios sólidos para a pacificação do método legítimo de tributar as operações econômicas trabalhadas via computação em nuvem.

#### 4. CONCLUSÃO

O que se percebe no final desse estudo é que, em relação à tributação da *cloud computing*, existem mais perguntas do que respostas. A necessidade de tributar uma atividade que surgiu de maneira assustadoramente rápida e que toma cada vez mais espaço na vida das pessoas, gerando, em virtude disso, grande quantidade de riqueza e externalidades de diversas ordens, é sentida por todos. No entanto, como muito se faz no nosso país, os caminhos de atuação são escolhidos sem que lhes seja dada a devida atenção, ou pior, sem nem mesmo conseguir responder aos devidos questionamentos. Tanto a tentativa de tributar a computação em nuvem através do ISS em seus moldes atuais, quanto a redação deficiente dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o assunto são exemplos disto.

É fato que o Direito precisa se reinventar e se acostumar a dar soluções rápidas para os problemas que surgem de maneira cada vez mais numerosa e atípica na nossa sociedade. No entanto, não se pode perder de vista a importância de essas respostas serem dadas de maneira responsável e eficiente. Conhecer, estudar e discutir o Direito Comparado são etapas básicas e necessárias para que não pequemos desarrazoadamente, principalmente em assuntos de tal maneira importantes e delicados quanto a produção legislativa e a regularização de atividades cada vez mais capitais na vida das pessoas. É preciso superar o déficit de habilidade técnica que temos – naturalmente – no judiciário e no legislativo sobre o assunto. É preciso superar a ânsia pela criação de uma nova lei que pode vir a ser apenas um remendo, em nome da responsabilidade por uma produção legislativa coerente e consistente.

O debate quanto ao tratamento tributário que deve ser dispensado à computação em nuvem é um exemplo claro de que o Direito está constantemente em formação e de que o caminho muitas vezes é complexo. As agruras só podem ser superadas com diálogo e debates. A internet, seus desafios e revoluções são um vasto campo de trabalho para os profissionais do Direito. Lidemos com isso com responsabilidade.

Por fim, bem-vindas são as palavras de André Sussumu Iizuka para nos auxiliar na conclusão deste trabalho:



Enquanto juristas, advogados, e doutrinadores estão preocupados em definir questões ligadas à definição dos softwares de prateleira e sob encomenda; da incidência do ICMS sobre o e-commerce; segurança da informação; crimes cibernéticos; o mundo da TI e da Telecom está muito além, está na “nuvem”, no “mundo virtual”, em que não existem ainda os aspectos material; pessoal; espacial; quantitativo; e temporal da hipótese de incidência tributária bem definidos. Não existe nem mesmo a mídia (CD, DVD, pen drive, token, etc.). Somente a internet<sup>22</sup>.

## 4. REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. **O que é Cloud Computing (computação nas nuvens)?** Disponível em: <<http://www.infowester.com/cloudcomputing.php>>. Acessado em 09.12.2015.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 20ª Edição. Saraiva: São Paulo, 2014.

ARMBRUST, Michael; FOX, Armando; GRIFFITH, Rean; JOSEPH, Antony D.; KATZ, Randy; KONWINSKI, Andy; LEE, Gunho; PATTERSON, David; RABKIN, Ariel; STOICA Ion; ZAHARIA, Matei. **A View of Cloud Computing**. Disponível em: [http://delivery.acm.org/10.1145/1730000/1721672/p50-armbrust.pdf?ip=177.103.202.42&id=1721672&ac=OPEN&key=4D4702B0C3E38B35%2E4D4702B0C3E38B35%2E4D4702B0C3E38B35%2E6D218144511F3437&CFD=578878719&CFTOKEN=53663765&acm\\_\\_=1454068409\\_c4d68819a053dc0e\\_a0eab47669f0d775](http://delivery.acm.org/10.1145/1730000/1721672/p50-armbrust.pdf?ip=177.103.202.42&id=1721672&ac=OPEN&key=4D4702B0C3E38B35%2E4D4702B0C3E38B35%2E4D4702B0C3E38B35%2E6D218144511F3437&CFD=578878719&CFTOKEN=53663765&acm__=1454068409_c4d68819a053dc0e_a0eab47669f0d775). Acessado em 11.12.2015.

ANASTASSIADIS, Georgios Theodoros. **Sem lei específica e por abarcar diversas modalidades, cloud computing dificulta enquadramento tributário pelas empresas**. Disponível em <<http://www.amcham.com.br/impactos-legislativos-e-juridicos/noticias/sem-lei-especifica-e-por-abarcar-diversas-modalidades-cloud-computing-dificulta-enquadramento-tributario-pelas-empresas>>, acessado em 17/07/2015.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. Malheiros: São Paulo, 2000

BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROS, Maurício. **ISS sobre a computação em nuvem**. Disponibilizado em <<http://www.noticiasfiscais.com.br/2013/10/23/iss-sobre-a-computacao-em-nuvem/>>, acessado em 20/07/2015.

DA SILVA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil, Vol. III – Contratos**. Ed. Forense, 17ª Edição. Rio de Janeiro. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, Vol. 4 – Direito dos Contratos**. Editora JusPodivm, 2ª Edição. Salvador. 2012

FORK, Michael. **What is infrastructure as a service (IaaS)?** Disponível em <<http://www.thoughtsoncloud.com/2014/02/what-is-infrastructure-as-a-service-iaas/>>, acessado em 17/07/2015.

GAIA, Fernando Antonio Cavanha; BARROS, Maurício; ANASTASSIADIS, Georgios Theodoros. Tributação da Computação em Nuvem. In **Informativo Jurídico Consulex**, V. 26. Jul, 2012

GARTNER, **Gartner Says Worldwide Software-as-a-Service Revenue to Reach \$14.5 Billion in 2012**. Disponível em <<http://www.gartner.com/newsroom/id/1963815>>, aces-

22 IIZUKA, André Susumu, **Tributação do cloud computing é uma incógnita**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/andre-iizuka-tributacao-servico-cloud-computing-incognita>>, acessado em 14/07/2015.



sado em 17/07/2015.

GONÇALVES, Renato Lacerda de Lima. **A Tributação do Software no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JOSHI, Sunil. **What is platform as a service (PaaS)?** Disponível em: <http://www.thoughtsoncloud.com/2014/02/what-is-platform-as-a-service-paas/>, acessado em 17/07/2015

MARTINS, Ives Gandra da Silva; SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Exegese do art. 155, § 2º, IX, "b", da CF. In **Revista Fórum de Direito Tributário** n. 6,. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MELL, Peter e GRANCE, Timothy. **The NIST Definition of Cloud Computing**. Disponível em <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>>. Acessado em 17/07/2015.

MOTA, Douglas. **O ISS e a computação em nuvem**. Disponível em <<http://www.telcomp.org.br/site/index.php/noticias-setor/o-iss-e-a-computacao-em-nuvem>>. Acessado em 18/07/2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUTO, Luísa de Brito Dutra. **Da Subsunção da Contratação de Acesso a Softwares Disponibilizados em Nuvem (Softwares as a Service) às Hipóteses de Incidência do ICMS e ISS**. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/4784>>. Acessado em 28.12.2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Contratos em Espécie (V. 3)**. São Paulo: Atlas, 2013.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Sistemática Constitucional do ICM – Conceito de Operação de Circulação – Não-incidência do tributo sobre produto confeccionado pela empresa para seu próprio uso. In **Revista de Direito Público**, n. 11. São Paulo: RT, 1970, p. 100-108.

WALD, Arnaldo. Base de Cálculo para Cobrança do ICMS nas Transferências de Armazéns para Filiais da Mesma Empresa. In **Revista de Direito Público** n. 19. São Paulo: RT, 1972



GRUPO DE TRABALHO 5

# **CYBERSEGURANÇA:**

CRYPTOGRAFIA, ANONIMATO, PROTEÇÃO DE DADOS E  
CYBERESPIONAGEM

# A PROTEÇÃO DE DADOS EMPRESARIAIS NA COMPUTAÇÃO EM NUVEM

Thatiane Rabelo Gonçalves<sup>1</sup>

Danilo Germano Rêgo<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A denominada “Sociedade da Informação”<sup>3</sup> transformou as relações sociais e econômicas, criando um ambiente empresarial em constante mudança. Ainda em 2001, Jeremy Rifkin já constatava que os mercados dariam lugar às redes, que vendedores e compradores seriam substituídos por fornecedores e usuários e que o capital físico seria listado como um custo operacional, enquanto as formas intangíveis de capital seriam cada vez mais introduzidas na página de ativos<sup>4</sup>. De fato, os economistas de hoje afirmam que “ativos intangíveis são a base da inovação e fonte de vantagem competitiva para as empresas operantes em uma economia em que informação e conhecimento são fundamentais”<sup>5</sup>.

Nesse sentido, os empreendedores reconheceram a Internet como ferramenta essencial para aumentar as vantagens concorrenciais e a competitividade no mercado, emergindo um novo paradigma denominado “Internet das Coisas”<sup>6</sup>. Assim, as empresas, ao utilizarem a Internet como um meio fundamental de comunicação e processamento da informação, adotaram a rede como sua forma organizativa. Essa transformação social e técnica abarcou o sistema econômico em seu conjunto e afetou todos os processos de criação, intercâmbio e distribuição de valores<sup>7</sup>.

É inegável que a internet valoriza a livre iniciativa e a livre concorrência, pois permite que agentes econômicos ingressem com facilidade em um determinado mercado, inclusive concorrendo com os agentes econômicos que não comercializam no ambiente virtual. Da mesma forma, o maior número de agentes econômicos faz com que determinado mercado se aproxime do modelo de concorrência perfeita, reduzindo as possibilidades de concentração econômica e de exercício abusivo do poder econômico.

Nesse contexto, surge também a computação em nuvem (*cloud computing*). De maneira simplificada, pode-se definir a *Cloud Computing* como uma ferramenta pela

---

1 Thatiane Rabelo Gonçalves é graduada em Direito pela UFMG e mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com ênfase de pesquisa nas áreas de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito de Internet. E-mail: thatiane.rabelo@yahoo.com.br.

2 Danilo Germano Rêgo é graduado em Direito pela UFMG, com ênfase de pesquisa nas áreas de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito de Internet. E-mail: danilogermanorego@hotmail.com.

3 Paulo Hamilton Siqueira Jr. afirma que a Sociedade da Informação é constituída em tecnologias de informação e comunicação que envolvem aquisição, armazenamento, processamento e distribuição de informação por meios eletrônicos utilizados pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma nova estrutura social, sendo a Internet o ponto primordial deste novo paradigma (SIQUEIRA JR. P. Marco Civil da Internet e Proteção de Dados Pessoais. In: LUCCA, N; SIMÃO FILHO, A; LIMA, C. (coords). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 183.)

4 RIFKIN, Jeremy. **A Era do Acesso**. Trad. Maria Lucia G.L. São Paulo: Makron Books, 2001. p. 44.

5 RIBEIRO, Leonardo de Lima. **Ativos Intangíveis: avaliação e mensuração no contexto de private equity e venture capital**. Texto para discussão nº. 1280. Brasília: IPEA, 2007.

6 Segundo Adalberto Simão Filho, a Internet das Coisas é formada por plataformas tecnológicas que conectarão, mediante sensores e programas específicos, qualquer aspecto da vida econômica mediante uma rede mundial integrada, trabalhada a partir da recepção e transmissão de dados transformados por algoritmos que se programarão em um sistema automatizado onde se pretenderá o aumento da produtividade e redução a quase zero dos produtos e serviços (SIMÃO FILHO, A. Revisitando a Nova Empresarialidade a partir do Marco Civil em Contexto da Internet das Coisas. In: LUCCA, N; SIMÃO FILHO, A; LIMA, C. (coords). **Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 46.)

7 CASTELLS, Manuel. **La Galaxia Internet**. Tradução: Raúl Quintana. Barcelona: Plaza & Janés Editores, 2001. p.83.

qual provedor, gratuita ou onerosamente, disponibiliza ao usuário hardware e/ou software, no qual este terá acesso a uma capacidade computacional, por meio de uma rede, tipicamente a internet, utilizada para, desde o mero processamento e armazenamento de dados, com a utilização de servidores e outros equipamentos, até a utilização de softwares completos para o desenvolvimento de inúmeras atividades<sup>8</sup>.

Os contratos de computação em nuvem podem ser celebrados entre provedor e pessoa física ou entre provedor e pessoa jurídica, seja de direito público ou privado. No entanto, o objeto deste artigo se restringe aos contratos de computação em nuvem entre empresa-empresa, ou seja, contratos cujas partes sejam os empresários-provedores e os empresários-usuários, como forma de aprimoramento e de segurança da atividade empresarial.

Pesquisas de mercado de 2015 indicam que 72% dos empresários possuem ao menos parte de sua infraestrutura de TI na nuvem ou utilizam um software baseado em *cloud computing* e que 56% dos *decision-makers* continuam investigando maneiras de ampliar o uso dessa tecnologia<sup>9</sup>. Reduzir custos é um dos maiores objetivos dos economistas/empresários que passaram a buscar nas áreas de Tecnologia da Informação (TI) novas alternativas para atingir essa necessidade, o que justifica o crescente interesse pela adoção da *cloud computing*. Com a computação em nuvem, o empresário não precisa despendar grandes esforços com equipe de TI, reduzindo a necessidade da manutenção da infraestrutura física de redes locais relacionadas ao usuário e ao provedor. Seu potencial pode ser direcionado para projetos inovadores relacionados ao objeto principal da atividade empresarial, focando em estratégias de crescimento e novos negócios.

Além disso, a *cloud computing* permitiu que as informações empresariais, tais como operações financeiras, contratos celebrados, dados de clientes, de fornecedores, de empregados e até mesmo informações empresariais sigilosas que envolvam marcas, patentes e *trade secrets*, possam armazenadas na rede, na forma de dados digitais da empresa. Dessa forma, os arquivos empresariais que antes estavam no papel de modo esparsos ou em aplicativos instalados em computadores locais são armazenados de forma eletrônica na internet e acessados a qualquer tempo de qualquer lugar do mundo, de um modo mais organizado e eficiente.

Não obstante, a computação em nuvem é a infraestrutura que facilita a utilização do *Big Data*, uma ferramenta que vai além da simples reunião de informações em forma de dados. No cenário empresarial, o *Big Data* é útil pela forma como os dados são organizados e analisados, permitindo maior eficiência na tomada de decisões e na reestruturação de modelos de negócios. Por meio desse sistema, é possível armazenar informações detalhadas, cruzar dados de diversas fontes, processá-las, realizar análise de indicadores e tendências de mercado, que produzirão gráficos e relatórios, utilizados pelos empresários para auxílio na tomada de decisão e direcionamento estratégico da empresa.

Conforme conceitua o Direito Econômico e a Teoria Econômica Concorrencial, uma inovação disruptiva é aquela que altera drasticamente o mercado, criando novos modelos de negócios e modificando a maneira de exercício das atividades tradicionais<sup>10</sup>.

8 MILLARD, Christopher. *Cloud Computing Law*. 1. Ed. Kobo. Oxford: Oxford, 2013. ISBN. 978-0-19-967168-7

9 IDG ENTERPRISE MARKETING. *Cloud Computing Survey 2015*. 17 de novembro de 2015. Disponível em [<http://www.idgenterprise.com/resource/research/2015-cloud-computing-study>]. Acesso em 03/07/2016

10 OECD, *Hearing on Disruptive Innovation*. Issue Paper by the Secretariat. 16-18. Junho. 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/els/innovation/>>

Com relação à *cloud computing*, Christopher Millard<sup>11</sup> afirma que ela pode ser considerada uma inovação tão disruptiva quanto foi o próprio surgimento da energia elétrica barata e sua difusão no mercado inglês há um século.

Na Era da Informação, as empresas experimentam cada vez mais o fenômeno da virtualização, o que acarreta racionalização e uniformização das atividades, reduzindo a concorrência desleal, com transações em tempo, e propiciando um melhor ambiente de negócios jurídicos, com customização de produção e quebra de barreiras territoriais. Nesse contexto, a computação em nuvem se tornou ferramenta essencial para as empresas. Dessa forma, este artigo busca analisar os contratos de computação em nuvem e discutir qual proteção deve ou pode ser conferida aos dados empresariais armazenados na nuvem, garantindo a tutela dessas novas relações jurídicas privadas.

## 2. TIPOS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM

É essencial especificar os tipos mais comuns de *cloud computing*, pois cada empresa possui seus interesses e recursos financeiros necessários para investir em diferentes tipos de *cloud computing*, conforme sua necessidade.

A computação em nuvem é geralmente dividida em três tipos: IaaS (Infraestrutura como um Serviço), PaaS (Plataforma como um Serviço) e SaaS (Software como um Serviço). Christopher Millard<sup>12</sup> afirma que o uso da expressão “como um serviço” enfatiza uma mudança no foco, na obtenção de produtos e/ou licenças, até a locação de recursos como um serviço. A *cloud computing* também pode ser dividida em três modelos de organização: Nuvem Pública, Nuvem Híbrida e Nuvem Privada.

### 2.1. Infraestrutura como um Serviço (IaaS)

A Infraestrutura como um Serviço geralmente envolve relativamente um baixo nível de funcionalidades para os usuários e requer que eles tenham um maior nível de conhecimentos técnicos, inclusive sobre o gerenciamento dos recursos e do próprio sistema de *cloud computing*.

Entretanto, esse tipo de *cloud computing* propicia ao usuário mais flexibilidade e controle<sup>13</sup> do ambiente na nuvem. O IaaS se relaciona diretamente com a disponibilização de funcionalidades computacionais como, por exemplo, da rede, equipamentos, servidores, discos rígidos, memória, centros de data-center e CPUs. Esses recursos são normalmente disponibilizados em conjunto com ferramentas para dimensionar automaticamente o fluxo de capacidade computacional que está sendo utilizada (*resource scaling*) e para ajustar o fluxo dos dados carregados (*automated load balancing*), com a vantagem de haver tecnologias para virtualização de sistemas, o que evita altos custos com a aquisição de hardware.<sup>14</sup>

Resumidamente, o objeto do IaaS é a contratação de recursos de armazenamento e processamento de dados na *cloud computing*. Isso significa que o software e aplicações que serão utilizados pela empresa serão instalados e executado por ela própria

---

[oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=Em](http://oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=Em)>. Acesso em 06/07/2016.

11 Cf. MILLARD, Christopher. **Cloud Computing Law**. Op. Cit.

12 Idem.

13 Idem..

14 HAUGHEY, Nicola. **Thinking Out Cloud: Cloud Computing Law**. Kindle. ed. Londres: In Futuro, 2013. ISBN-10. 0987532502.

no equipamento do provedor. Entretanto, ele não possuirá controle direto sobre nenhum aspecto e configuração do software e das aplicações. No caso, a obrigação principal do provedor é disponibilizar e efetivamente entregar ao usuário, o espaço para armazenamento e a capacidade de processamento de dados. Além das obrigações acessórias de armazenar de forma segura os dados, empregando métodos de criptografia de alta qualidade, bem como de ter esforços a fim de prevenir o acesso não autorizado de terceiros aos dados e de manter a disponibilidade do acesso à capacidade computacional. A *Amazon.com, Inc.* pode ser citada como o maior exemplo de um provedor de IaaS.

## 2.2. Plataforma como um Serviço (PaaS)

A Plataforma como um Serviço se diferencia da IaaS pelo fato de envolver algo como um software-plataforma básico no qual o usuário irá desenvolver sua estrutura computacional e, assim, suas atividades. Enquanto na IaaS os usuários devem gerenciar suas próprias máquinas virtuais, o entendimento do PaaS envolve o que os estudiosos das ciências da computação denominam como um maior nível de “abstração”, que se refere à cadeia de equipamentos, software e hardware. A PaaS disponibiliza efetivamente uma infraestrutura integrada de *cloud computing* e, adicionalmente, uma plataforma de hospedagem/programação, que usualmente inclui serviços de armazenamento de dados e de servidores. Usuários da PaaS não precisam gerenciar máquinas virtuais (*virtual machines* – VM) ou outro recurso computacional, primordialmente. Assim, eles podem focar na codificação e programação do aplicativo que será executado na *cloud computing*.

Portanto, a Plataforma como um Serviço disponibiliza ao usuário um software-plataforma que será a base para o usuário desenvolver e/ou instalar suas aplicações que poderão ser executadas na *cloud computing*, inclusive por meio de outro tipo de *cloud computing*, como a SaaS. Os usuários possuem uma margem de escolha perante os mecanismos de armazenamento de dados. Entretanto, apesar de estarem livres do gerenciamento direto dos recursos, os usuários da PaaS ficam restritos aos códigos das aplicações a serem executadas, podendo utilizar apenas aplicações sob as linguagens de programação, *frameworks*, bibliotecas entre outros, suportados pelo provedor da PaaS e as aplicações do usuário precisam se adequar a eventuais limitações do provedor<sup>15</sup>. O *Microsoft Azure* é um exemplo desse tipo de *cloud computing*.

## 2.3 Software como um Serviço (SaaS)

O mais popular e mais utilizado tipo de *cloud computing* é o Software como um Serviço. Nesse tipo, o provedor disponibiliza um software completo que é executado pelo usuário inteiramente na nuvem. Esse tipo de *cloud computing* é menos flexível e customizável que os outros. Entretanto, ele tende a ser o tipo com menos custos e possui o benefício de ser constantemente atualizado pelo provedor. Adicionalmente, é o tipo mais amigável de *cloud computing* para o usuário final e a responsabilidade deste é quase que inteiramente transferida ao provedor. De acordo com Christopher Millard<sup>16</sup>, a SaaS exige um nível ainda maior de abstração que o PaaS. Os usuários não precisam se preocupar com gerenciamento da nuvem ou os códigos e programação das aplicações; eles simplesmente utilizam a aplicação disponibilizada pelo provedor. A maneira na qual os recursos são disponibilizados para a execução do serviço é gerenciada pelo provedor

15 Cf. MILLARD, Christopher. *Cloud Computing Law*. Op. Cit.

16 Idem.



e, como mencionado acima, alguns provedores de SaaS baseiam seus serviços na IaaS e/ou PaaS de outros provedores, apesar de alguns possuírem sua própria infraestrutura de hardware e software.

Nesse sentido, o provedor possui a responsabilidade não apenas de disponibilizar corretamente o hardware que irá processar e armazenar os dados, bem como mantê-los seguros de acesso não autorizado, mas da correta execução do software contratado pelo usuário e de mantê-lo a todo tempo disponível e fornecer suporte imediato quando preciso. Ainda, o provedor deve responder pelos danos causados aos usuários que são resultado de inadimplemento contratual. Microsoft OneDrive, Dropbox, Google Docs, Microsoft Office Online, Netflix, Microsoft Outlook, Gmail and iCloud são os principais exemplos desse tipo de *cloud computing*.

### 3. ASPECTOS CONTRATUAIS DA COMPUTAÇÃO EM NUVEM

De acordo com o conceito clássico de Caio Mário da Silva Pereira<sup>17</sup>:

(...) o contrato é um acordo de vontades, na conformidade com a lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, *supra*, vol. I), podemos definir contrato como o 'acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Assim, caso o contrato não esteja em conformidade com a legislação, ele não estará apto a gerar direitos e deveres para as partes, sob pena de incorrer em nulidades. Portanto, considerando que o contrato é um Acordo de Vontades, sua função principal é a de promover a execução e o alcance de seu objeto.

É importante notar que o modo no qual um contrato é visto sofreu transformações no desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro e dos ordenamentos de *Civil Law*. Primeiramente, a constituição de um contrato era basicamente regulada pelo princípio do *pacta sunt servanda*. Esse brocardo latino enuncia que as obrigações principais contratuais devem ser, sem escusas, obedecidas e cumpridas pelas partes. Isso significaria que a correta execução e o cumprimento do contrato se aperfeiçoariam no momento em que as partes seguissem os seus direitos e deveres especificamente delimitados no contrato.

Entretanto, essa conceituação superficial de contrato não é suficiente para resolver conflitos contratuais dos dias atuais. Na contemporaneidade, um contrato particular entre duas ou mais pessoas possui influência não apenas na vida daqueles que o subscrevem, mas de toda coletividade e sociedade na qual ele se insere. Desse modo, uma falha no adimplemento das obrigações contratuais possui potencial de causar reflexos não apenas às partes diretamente afetadas por ele, mas para todos aqueles que permeiam sua execução, mesmo que de modo indireto.

Por exemplo, quando uma empresa contrata com um provedor de armazenamento de dados na *cloud computing* e um arquivo importante que contém informações altamente confidenciais é acessado por um indivíduo não autorizado que publica a informação na internet. Esse caso demonstra uma perigosa e importante situação que pode afetar mais pessoas que simplesmente a empresa, contratante, usuária da *cloud*

*computing* e o provedor. Pode-se cogitar a hipótese de a informação publicada ilegalmente ser um *trade secret* relativo à operação da empresa e ao modo pelo qual ela produz um de seus mais valiosos produtos vendidos no mercado. É possível prever que, mesmo ao se considerar que uma legislação de defesa da concorrência possa dispor sobre a proteção desse tipo de utilização indevida de *trade secrets* da empresa, poderá não ser suficiente para salvá-la da perda de grande quantidade de investimentos, ativos e credibilidade no mercado.

Ainda, pessoas de outros países sem a proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à concorrência, direitos autorais e *copyrights* poderiam ter acesso aos dados da empresa, violando seus direitos sobre eles, e direcioná-los para a produção e desenvolvimento de produtos similares, em seu detrimento.

Para resolver esse problema hipotético, que é apenas um dos problemas provenientes de uma má ou inexistente regulação dos contratos de *cloud computing*, o ordenamento jurídico brasileiro deve considerar que se trata de uma relação especial que não pode ser resolvida apenas pelas leis atualmente em vigor. Uma regulação específica para esse novo tipo de contrato que trata de questões contemporâneas, relacionadas à difusão da internet mundialmente, é essencial e deve ser imediatamente discutida.

O Projeto de Lei nº 5.344/2013<sup>18</sup>, que tinha o objetivo de regular a *cloud computing* no ordenamento jurídico brasileiro, foi arquivado em 2015. O projeto poderia ser visto como um avanço legislativo considerando a relevância desse tipo de contrato no cenário empresarial atual e todos os questionamentos que permeiam a matéria. Todavia, a maior parte de suas disposições apenas replicava as regras do Contrato de Depósito estabelecido pelo Código Civil brasileiro de 2002. Apesar de ser possível comparar alguns aspectos do Contrato de Depósito, com o Contrato de *Cloud Computing*, não é suficiente pensar que, quando um indivíduo ou empresa contrata *cloud computing*, eles estão simplesmente “depositando” seus dados.

Adicionalmente, o Contrato de Depósito tradicional não possui disposições relativas a questões específicas da internet, tais como o dever de criptografar os dados e qual a maneira de fazê-lo; de estabelecer o nível de disponibilidade do acesso aos servidores; de discriminar qual das partes é a responsável por manter e desenvolver o hardware e software envolvidos; quem é responsável em caso de acesso não-autorizado de terceiros; qual é a localidade na qual os dados serão fisicamente armazenados; como deverá se dar o suporte por parte do provedor, entre outros tópicos.

De acordo com Christopher Millard<sup>19</sup>:

Um dos aspectos principais da *cloud computing* é que ela permite uma abstração, na qual as funções di-

---

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.344/2013**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=570970>>. Acesso em 01. Jul. 2016.

19 A major feature of cloud computing is that it enables abstraction, whereby user functionality can be separated from resource management. But, reliance on abstracted resources that are controlled by third parties, and whose use is shared carries risks. Concerns are often raised about decreased user control and increased provider control of data in cloud, particularly data security (confidentiality, integrity, and availability), fuelled perhaps by the relative lack of information available to users regarding details of cloud providers' components, suppliers and mechanics.

Colocation risks may also exist: if hardware thought to contain a third party's target data is seized by authorities, data of other tenants sharing that hardware may be exposed also. Similarly, data that happen to be stored on the same equipment or database as that of another user, who is targeted remotely, could also be at risk. Whether the targeting data would be more at risk than if they were stored on hardware or a database that is not targeted for attack or seizure. Where data are stored on a third party's infrastructure, there is also the risk of data no longer being available to a user if its provider is targeted for example if its equipment is seized, made inaccessible, or its business closed down. Cf. MILLARD, Christopher. **Cloud Computing Law**. Op. Cit.

reacionadas ao usuário podem ser separadas da manutenção dos recursos disponibilizados. Entretanto, a confiança nos recursos abstratos controlados por terceiros e em quem os utiliza traz riscos. Os receios usualmente levantados dizem respeito acerca da minimização do controle do ambiente pelo usuário, a maximização do controle dos dados na nuvem pelo provedor, particularmente no que tange à proteção de dados (confidencialidade, integridade e disponibilidade), em conjunto, talvez, com a falta de informação disponível aos usuários relacionadas aos detalhes dos componentes, fornecedores e mecânica dos provedores.

A alocação dos dados também possui riscos: se um hardware que contém um dado de terceiro é apreendido pelas autoridades, os dados de outros usuários que compartilham o mesmo hardware também poderão ser expostos. Similarmente, dados que se localizem em um equipamento de um usuário que é atacado remotamente também podem estar em risco. Assim, o dado estará mais em risco do que se ele estivesse armazenado em um hardware ou base de dados que não é escolhida para ataque ou apreensão. Quando os dados são armazenados na infraestrutura de um terceiro, também há o risco de eles não ficarem mais acessíveis ao usuário, se o provedor estiver sob investigação e seu equipamento for apreendido, posto de forma inacessível ou a própria empresa fechada.

Adicionalmente, Christopher Millard<sup>20</sup> e Nicola Haughey<sup>21</sup> consideram que a *cloud computing* é “uma maneira de disponibilizar recursos computacionais como um serviço de utilidade, por meio de uma rede” ou “a disponibilização de recursos de TI por meio da internet”. Nessa visão o contrato de *cloud computing* teria natureza de um Contrato de Prestação de Serviços.

Esses questionamentos se tornam importantes para a análise das relações obrigacionais entre as partes contratantes e os deveres principais e instrumentais que devem permear o contrato, como a obrigação de criptografar os dados, de manter a confidencialidade e confiança<sup>22</sup>. Ainda, é possível pensar em contratos anexos ao Contrato de *Cloud Computing*, como os *Service Level Agreements – SLA* e até mesmo Contratos de Seguro para a proteção de dados.

O fato é que a legislação brasileira não regula os Contratos de *Cloud Computing*. Nem a Lei nº 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, nem qualquer outra Lei foi capaz de criar um sistema legal capaz de solucionar todas essas novas questões, diante do avanço das tecnologias e do Direito Digital. A consequência é que não há segurança jurídica em relação a essa importante matéria.

Atualmente, diversos contratos de *cloud computing* são firmados, em sua maioria, apenas tentando proteger o provedor, excluindo suas responsabilidades pela proteção, perda dos dados e indisponibilidade dos serviços. Muitas vezes, o usuário nem ao menos sabe o que pode acontecer com seus dados ao término do contrato ou em caso de um inadimplemento no pagamento, por exemplo. No entanto, os serviços na nuvem se diferenciam no grau de controle e flexibilidade disponibilizados ao usuário (e de acordo com a responsabilização pela segurança), e a extensão na qual provedores ou sub-provedores podem acessar os dados do usuário, dependendo do tipo de design e do tipo do serviço<sup>23</sup>.

Independentemente da forma da nuvem, os serviços de *cloud computing* compartilham um número de características comuns. A nuvem é geralmente um ambiente com um design onde há a possibilidade de provisionamento e ajuste da gama de tec-

---

20 “a way of delivering computing resources as a utility service via a network”. Idem.

21 “delivery of IT as services over the internet (...)”. HAUGHEY, Nicola. **Thinking Out Cloud: Cloud Computing Law**. Op. Cit.

22 CORRALES, Marcelo. **Aspectos legales de la computación en la nube: seguridad de datos y derechos de propiedad sobre los mismos**. Adapt. Maria Clara Bouchoux. Kindle. ed. 1. ed. Buenos Aires: Albremática, 2012. ISBN. 978-987-1799-06-0.

23 “However, cloud services differ in the degree of control and flexibility afforded to users (and accordingly in responsibility for security), and the extent to which providers or sub-providers can access user data. Much depends on a service’s type and design”. Cf. MILLARD, Christopher. **Cloud Computing Law**. Op. Cit.

nologias de comunicação e informação (ICT), em oposição a um equipamento individual<sup>24</sup>. Entretanto, a *cloud computing* deve ser diferenciada do tradicional *Outsourcing*. Essa diferenciação pode ser feita por meio da análise das características da *cloud computing* estabelecidas pelo Instituto de Padrões e Tecnologia dos Estados Unidos (National Institute of Standards and Technology – NIST)<sup>25</sup>:

1. *On-demand Self-service*. Um consumidor pode, unilateralmente, ajustar e provisionar capacidade computacional, como o tempo do servidor e armazenamento na rede, conforme preciso, sem necessitar de interação humana com cada provedor de serviço; 2. *Broad Network*. A capacidade computacional está disponibilizada na rede e é acessada por meio de mecanismos padrões que podem ser utilizados por uma gama heterogênea de plataformas (ex. celulares, tablets, notebooks e estações de trabalho); 3. *Resource Pooling*. A capacidade computacional do provedor é destinada a servir múltiplos consumidores que utilizam o modelo *multi-tenant*, com recursos físicos e virtuais diferentes, designados e redesignados, de acordo com a demanda do consumidor. Há um senso de independência de localização no qual o consumidor usualmente não possui controle ou conhecimento acerca da exata localização dos recursos disponibilizados, mas que pode ser especificado em um nível maior de “abstração” (ex. estado ou *data-center*). Exemplos de recursos incluem espaço para armazenamento de dados, processamento, memória e largura de banda; 4. *Rapid Elasticity*. As capacidades podem ser elasticamente provisionadas, em alguns casos, automaticamente, para proporcionar os recursos necessários ao tráfego de dados, conforme a demanda. Para o consumidor, as capacidades de disponibilização de recursos parecem ser ilimitadas e que podem ser alcançadas, em qualquer quantidade, a qualquer tempo; 5. *Measured Service*. Os sistemas na nuvem automaticamente controlam e otimizam a utilização dos recursos por meio de um balanceamento obtido pela medição da demanda, em algum nível de “abstração” (da cadeia da *cloud computing*), apropriada ao tipo do serviço (ex. armazenamento, processamento, largura de banda, número de usuários ativos). A utilização dos recursos pode ser monitorada, controlada e divulgada, proporcionando transparência tanto para o provedor, como para o usuário.

Tanto o *outsourcing* tradicional, quanto a *cloud computing* oferecem ao usuário a possibilidade de contratar um terceiro especializado para gerenciar seus sistemas de Tecnologia da Informação e aplicações, ao invés de ter essa atividade *in-house*, por meio de empregados da própria empresa ou um departamento de TI. Todavia, a *cloud computing* é construída de modo a focar na virtualização de sistemas e automação das operações de TI. Como o NIST conceitua, as cinco características da *cloud computing* não estão usualmente presentes no *outsourcing* tradicional.

Os contratos realizados com empresas de *outsourcing* são comumente mais rígidos, com pouca flexibilização no que toca a característica de *On demand self-service*, bem como o controle que o usuário possui sobre o ambiente virtualizado. Ainda, os contratos de *outsourcing* são tipicamente mais caros pelo fato de que a *cloud computing* possibilita o compartilhamento de uma mesma infraestrutura de processamento e armazenamento de dados, enquanto que no *outsourcing* o usuário assina frequentemente um contrato fixo, com infraestrutura dedicada e limitada, bem como recursos que são muitas vezes subutilizados mas são, de qualquer maneira, cobrados do usuário. Também é importante notar que, de acordo com a definição do NIST, a automatização da *cloud computing* possibilita a modificação de muitos de seus aspectos pelo usuário, sem interação humana, como acontece no *outsourcing* tradicional.

Ademais, o NIST conceitua os diferentes modelos de organização da *cloud computing*, que depende do design da infraestrutura utilizada:

---

24 “The cloud is generally considered to be a section within a range of possible information and communications technology (ICT) provisioning designs as opposed to an individual body (...)”. **Thinking Out Cloud: Cloud Computing Law**. Op. Cit.

25 NIST – National Institute of Standards and Technology. US. Department of Commerce. **The NIST Definition of Cloud Computing**. Disponível em: <[nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf](http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf)>. Acesso em 16/10/2016.

1. *Private cloud* (Nuvem Privada). A estrutura da nuvem é provisionada para o uso exclusivo de uma organização, abrangendo múltiplos usuários (ex. filiais de uma empresa). Ela pode ser de propriedade, de gerenciamento e de operação pela própria organização, por um terceiro, ou uma combinação dos dois; 2. *Community cloud* (Nuvem Comunitária). A utilização da infraestrutura da nuvem é provisionada para o uso exclusivo de uma comunidade de consumidores de organizações com determinadas especificidades (ex. missão, segurança, recomendações, políticas, e considerações sobre *compliance*). Ela pode ser de propriedade, gerida e operada por uma ou mais organizações inseridas na comunidade, um terceiro, ou uma combinação de todos; 3. *Public cloud* (Nuvem Pública). A infraestrutura da nuvem é provisionada para o uso livre e aberto pelo público em geral. Ela pode ser de propriedade, gerida e operada por uma empresa, faculdade, governo, ou uma combinação de todos. Ela existe conforme requerimentos do provedor da nuvem. 4. *Hybrid cloud* (Nuvem Híbrida). A infraestrutura da nuvem é uma composição de duas ou mais infraestruturas distintas (privada, comunitária ou pública) que permanecem individualizadas, mas são agregadas por meio de tecnologias padronizadas ou proprietárias que permitem a portabilidade de dados e aplicações (ex. *cloud bursting* para o equilibrar o processamento de dados entre diferentes nuvens).<sup>26</sup>

Esses modelos de organização são importantes pois cada um possui uma diferente influência na responsabilização e nos riscos que envolvem os provedores, usuários e a sociedade, de modo geral. Por exemplo, a Nuvem Pública pode ser mais suscetível ao acesso não autorizado de terceiros, completamente desconhecidos, a dados dos usuários que utilizam a *cloud computing*. Esse modelo também é vulnerável no caso de os dados de diversos usuários estarem armazenados na mesma infraestrutura de *data-center*, que está sendo periciado e investigado por possuir eventuais informações sobre um criminoso. Os dados de uma empresa poderiam ser violados e acessados em meio a busca por informações, por parte das autoridades.

Entretanto, na maior parte do tempo em que falamos em *cloud computing*, falamos sobre a Pública, ou ao menos a Híbrida, que são os modelos mais utilizados pelo público em geral pelo seu fácil acesso e baixos custos.

## 4. A PROTEÇÃO DOS DADOS EMPRESARIAIS

Suponha que uma empresa A que organiza eventos esportivos contrate a *cloud computing* da empresa B. A empresa A armazena um de seus ativos mais valiosos na nuvem, qual seja, sua organizada e exaustiva lista de clientes. Seis meses depois, um empregado de B deixa a empresa, levando consigo a lista de clientes de A. Logo após, a empresa A percebe que teve uma perda de R\$ 500.000,00, porque um ex-empregado da empresa B criou uma empresa similar à empresa A. Como resolver esse conflito da Era da Informação? Grande parte das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro até podem ser aplicadas à *cloud computing*, mas existem conceitos e regras próprios da computação em nuvem, como a privacidade e a proteção de dados, que dão origem a questões desafiadoras.

Ao se pensar na importância dos dados empresariais e na sua proteção, deve-se ter em vista o conceito do que é a própria atividade empresarial. O Código Civil brasileiro, em seu artigo 966, define que é empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços”<sup>27</sup>. O empresário, seja ele individual ou mesmo uma sociedade empresarial, necessita dessa característica de organização para que possa desenvolver suas atividades diárias que irão fazer com que a empresa aufera lucro. Nesse contexto, há outro conceito que deve ser levado em conta ao se pensar na proteção dos dados empresariais – o conceito de estabelecimento. O mesmo Código dispõe em seu artigo 1.142, que: “considera-se es-

26 Ibidem.

27 BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.404 de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002.



tabelecimento todo complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária”.

Essas conceituações são importantes para que se perceba que atualmente os dados empresariais se enquadram no próprio conceito de estabelecimento empresarial pelo fato de representarem importantes e essenciais informações, organizadas em um sistema, que cada vez mais se apresenta por meio da *cloud computing*, utilizadas para a consecução das atividades empresárias. Uma falha do provedor na disponibilização da *cloud computing* à empresa usuária, ou na segurança provisionada para impedir o acesso não autorizado de terceiros, faz com que o estabelecimento empresarial seja diretamente afetado e, por conseguinte, uma desorganização no estabelecimento faz com que a empresa não atue da forma como deveria, causando danos aos seus clientes, funcionários, fornecedores, entre outros que dependam ou se relacionem com ela.

Nesse contexto, os dados empresariais devem ser compreendidos como elementos essenciais à atividade empresarial. Thomas Stewart<sup>28</sup> os classifica, juntamente com os sistemas de informações, patentes e processos, como ativos intelectuais estruturais da empresa. Marcelo Corrales<sup>29</sup> cita, como exemplo, os dados de escritório, de gestão de projetos, de folhas de pagamentos de salários, dados de contabilidade e de finanças, gestão de relações com clientes. São dados que podem estar relacionados com grande quantidade de interessados, como empregados, clientes e sócios de uma empresa, mas que estão armazenados de forma unitária na nuvem.

Assim, os dados empresariais são criados ou organizados intelectualmente pela pessoa jurídica empresária, sendo capazes de individualizá-la, ao mesmo tempo em que se mostram extremamente valiosos pelo acervo e pela forma como disponibilizam as informações, representando um bem econômico valioso capaz de aumentar as vantagens concorrenciais da empresa. Marcel Leonardi afirma que, na sociedade moderna, são inegáveis a importância e a utilidade dos bancos de dados e dos cadastros interligados por meio da internet, destacando-se, dentre suas principais vantagens, a ampliação da circulação de produtos e serviços, a diminuição dos riscos e dos custos da atividade econômica e a agilização da concessão de crédito.<sup>30</sup>

Pensando dessa maneira, verifica-se, inclusive, que os dados empresariais têm um valor intrínseco, a depender do nível de importância da informação gerada por esse dado. Ao se recorrer ao conceito de ativos, pela análise das ideias de alguns autores, como Viktor Mayer-Schönberger, Kenneth Cukier<sup>31</sup> e Jeremy Rifkin<sup>32</sup>, é possível inferir e sugerir que os dados são uma nova espécie de bem comercializável. Sendo assim, e possuindo um valor autônomo, que por compor até mesmo o estabelecimento empresarial, alavancando seu *goodwill*, eles poderiam constar na própria página de ativos contábeis das empresas.

Desse modo, verificada a importância desses ativos intangíveis, pode-se ver que os provedores devem ter obrigações legais definidas e que proporcionem segurança

28 STEWART, Thomas A. **Capital Intelectual**. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 68.

29 CORRALES, Marcelo. **Aspectos legales de la computación en la nube: seguridad de datos y derechos de propiedad sobre los mismos**. Adapt. Maria Clara Bouchoux. Kindle. ed. 1. ed. Buenos Aires: Albremática, 2012. ISBN. 978-987-1799-06-0.

30 LEONARDI, M. Marco Civil da Internet e Proteção de Dados Pessoais. In: LUCCA, N; SIMÃO FILHO, A; LIMA, C. (coords). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 520.

31 MAYER-SHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: A revolution that will transform how we live, work, and think**. Kindle. ed. Londres: John Murray, 2013. ISBN 9781848547933.

32 Cf. RIFKIN, Jeremy. **A Era do Acesso**. Op. Cit.



jurídica aos usuários empresários da tecnologia.

Nesse sentido, o Regulamento Europeu 2016/679<sup>33</sup>, em seus itens 5 e 6, ao tratar de dados pessoais, aponta que a rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados. O recolhimento e o compartilhamento de dados registraram um aumento significativo nos últimos anos. As pessoas naturais cada vez mais compartilham seus dados de modo que o intercâmbio de dados entre intervenientes públicos e privados, incluindo as pessoas naturais, associações e empresas intensificou-se na União Europeia – da mesma forma, como no Brasil.

Pode-se atentar que, em algumas hipóteses os dados empresariais armazenados na nuvem, quando violados, e direcionados para uma utilização anti-concorrencial, que fere os princípios do Direito Econômico brasileiro, poderiam ser aplicadas normas relativas à concorrência, como a violação de *trade secret*. A Lei 9.279/96<sup>34</sup>, em seu artigo 195, IX, determina que comete crime de concorrência desleal quem:

Divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.

O *trade secret* não é explicitamente definido pela legislação brasileira. Sua instituição legal se dá pela via do entendimento sobre a concorrência desleal, conforme mencionado, da Lei 9.279/96, em seus artigos 195, IX e 209 bem como pelo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994<sup>35</sup>. Os *trade secrets*, ou segredos industriais, se caracterizam por serem informações sobre aspectos da produção, da organização, estruturação de uma empresa, que são guardados e protegidos, por terem alto valor para o seu desenvolvimento.

Usualmente, na própria contratação de funcionários, ou de terceirizados que venham a prestar serviços para determinada empresa, são realizados acordos de confidencialidade, anexos aos próprios contratos de trabalho, ou de prestação de serviços, que especificam a proteção e a obrigação de não divulgar qualquer informação de forma a tentar proteger os dados e informações a que essas pessoas terão acesso durante suas atividades na empresa contratante.

O *trade secret*, nesse sentido, possui um viés de ativo intangível empresarial. Ao relacioná-lo com a *cloud computing*, se vê que todos aqueles dados armazenados e processados por esse sistema, compõem milhares de informações, *a priori*, confidenciais que devem ser preservados do acesso e divulgação ilícita.

Todavia, nem todos os casos de violação dos dados empresariais na *cloud computing* dariam ensejo à aplicação da lei concorrencial. Há casos nos quais não há o intuito específico de gerar um abalo mercadológico mas, de qualquer forma, a empresa é prejudicada. Ainda, em outras ocasiões, conforme mencionado no início deste texto,

33 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em 01/12/2016.

34 BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)>. Acesso em 01/21/2016.

35 BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm)>. Acesso em 02/12/2016.

uma empresa de grande porte com uma exportação global de produtos poderia ser prejudicada caso a divulgação de determinados dados armazenados na nuvem ocorresse em países nos quais não há apreço e a devida proteção à propriedade intelectual, sendo verdadeiros “paraísos” para a sua violação.

Uma hipótese de proteção que também pode ser discutida, no âmbito da proteção de dados empresariais e da propriedade intelectual, diz respeito a uma tutela específica e *sui generis* que poderia ser conferida aos dados. Essa tutela legal poderia levar em conta a característica de que, além de a maioria das informações provenientes de dados empresariais poderem ser consideradas como *trade secrets*, há um investimento substancial de tempo e dinheiro aplicado à elaboração e organização daqueles dados.

Aos dados empresariais não se poderia conferir uma proteção típica de propriedade intelectual pelo fato de, de maneira geral, não possuírem os elementos intrínsecos de originalidade e criatividade em sua organização e criação. Nesse sentido, a revogada Diretiva Europeia 96/9/CE<sup>36</sup>, fundamentou a proteção da base de dados ao investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo, o que certamente rompe com a estrutura da criação/originalidade<sup>37</sup>.

Tal Diretiva se apoia na doutrina “*sweat of the brow*” que sustenta que trabalho, tempo, investimento mesmo na ausência de criatividade, podem ser suficientes para encontrar originalidade para propósitos de *copyright*<sup>38</sup>. Por exemplo, o trabalho investido na coleta de informações que compõem uma lista telefônica, como à do exemplo apresentado é, por essa visão, suficiente para fazer emergir a proteção do *copyright*. A lista telefônica é original no sentido de que ela não foi elaborada copiando o trabalho de outra pessoa.

Assim, o que se buscaria proteger é o investimento substancial da organização que despendeu esforços na coleta e armazenamento de informações, de modo que o objeto da tutela jurídica é um produto empresarial. Assim sendo, o interesse na exploração econômica sobrepõe-se ao interesse do criador, no sentido original da palavra, conferindo-se o direito à empresa produtora daquele novo bem.

## 5. CONCLUSÃO

Observa-se que o armazenamento de dados na *cloud computing* deve ser compreendido com base nas normas jurídicas clássicas, mas também com atenção aos institutos próprios do Direito da Internet, conectados às peculiaridades que envolvem essa tecnologia. Quando os institutos jurídicos não acompanham o desenvolvimento exigido por determinada inovação, o investimento na criação daquela tecnologia pode ser desperdiçado com um resultado social ineficiente.

A discussão sobre a proteção à *cloud computing*, portanto, deve pautar a ideia

---

36 UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0009>>. Acesso em 11/12/2016.

37 BARBOSA, Cláudio Roberto. **Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 98

38 “(...) labour, time, investment even in the absence of creativity, may be sufficient to make out a finding of originality for copyright purposes. (DRASSINOWER, 2004). For example, the labour invested in the collection of the information that makes up an ordinary phone directory is, on this view, sufficient to give rise to copyright protection. The phone directory is original in the sense that it was not copied from another person’s work.” DRASSINOWER, Abraham. **Sweat of the Brow, Creativity, and Authorship: On Originality in Canadian Copyright Law**. Ottawa: University of Ottawa Law & Technology Journal, 2004, p.105. Disponível em <<http://www.uoltj.ca/articles/vol1.1-2/2003-2004.1.1-2.uoltj.Drassinower.105-123.pdf>>. Acesso em 16/10/2016.

de que, mesmo que alguns institutos já existentes possam eventualmente ser utilizados nos casos de violação de dados empresariais armazenados e acessados na *cloud*, é necessário que se aprimore e que se elabore uma regulamentação específica.

Tendo em vista a crescente utilização da *cloud computing* e as inúmeras discussões possíveis, inicialmente, deve ser pensada uma regulamentação geral, por meio de uma lei federal que tipifique o contrato de computação em nuvem, estabelecendo as obrigações básicas do provedor e do usuário, bem como a extensão da responsabilidade de cada um, perante eventuais inadimplementos e falhas contratuais. Essa regulamentação diz respeito primordialmente aos aspectos de garantias civis-contratuais e responsabilização das partes, de acordo com os modelos e tipos de *cloud computing* contratados.

Ainda, a legislação deve dispor sobre a possibilidade de o Poder Executivo Federal editar normas relativas a padrões técnicos mínimos de segurança que devem ser utilizados no âmbito da *cloud computing*, como por exemplo: o nível e que tipo de criptografia deveria ser usada; qual o tempo mínimo aceitável legalmente de indisponibilidade de acesso à *cloud computing*; qual seria a forma adequada de manter os *data-centers* destinados à nuvem; qual é a transparência que deve ser proporcionada aos usuários acerca da localidade de seus dados; sobre a obrigação de o provedor devolver aos usuários seus dados armazenados, de alguma maneira, após o termo final do contrato, ou mesmo no caso de eventual inadimplemento, dentre outras questões aqui expostas.

Enfim, toda nova tecnologia que possibilita uma nova ferramenta de relacionamento necessita de um estudo mais profundo sobre a capacidade em transmitir segurança e ter no Direito um mecanismo que possa garanti-la<sup>39</sup>. Sendo assim, em um contexto de evolução tecnológica, com avanço no processamento e armazenamento de dados na nuvem, é exigido do jurista uma nova visão, no sentido de estudar e pesquisar mecanismos adequados de regulação e controle.

## 6. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cláudio Roberto. **Propriedade Intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.344/2013**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=570970>>. Acesso em 01. Jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Código Civil (2002). **Lei nº 10.404 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1355.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm)>. Acesso em 02/12/2016.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Lei 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm)>. Acesso em 01/21/2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e da Cidadania. **Anteprojeto de Lei para a Proteção de**

**Dados Pessoais.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf>>. Acesso em 16/10/2016.

CASTELLS, Manuel. **La Galaxia Internet.** 1. ed. Tradução: Raúl Quintana. Barcelona: Plaza & Janés Editores, 2001.

CORRALES, Marcelo. **Aspectos legales de la computación em la nube: seguridad de datos y derechos de propiedad sobre los mismos.** Adapt. Maria Clara Bouchoux. Kindle. ed. 1. ed. Buenos Aires: Albremática, 2012. ISBN. 978-987-1799-06-0.

DOS SANTOS, M. Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p 321.

HAUGHEY, Nicola. **Thinking Out Cloud: Cloud Computing Law.** Kindle. ed. Londres: In Futuro, 2013. ISBN-10. 0987532502.

IDG ENTERPRISE MARKETING. **Cloud Computing Survey 2015.** 17 de novembro de 2015. Disponível em <<http://www.idgenterprise.com/resource/research/2015-cloud-computing-study>>. Acesso em 16/10/2016.

LEONARDI, M. Marco Civil da Internet e Proteção de Dados Pessoais. In: LUCCA, N; SIMÃO FILHO, A; LIMA, C. (coords). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).** 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 520.

MAYER-SHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data: A revolution that will transform how we live, work, and think.** Kindle. ed. Londres: John Murray, 2013. ISBN 9781848547933.

MILLARD, Christopher. **Cloud Computing Law.** 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

NIST – National Institute of Standards and Technology. US. Department of Commerce. **The NIST Definition of Cloud Computing.** Disponível em: <[nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf](http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf)>. Acesso em 16/10/2016.

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. **Hearing on Disruptive Innovation.** Issue Paper by the Secretariat. 16-18. Junho. 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=Em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=Em)>. Acesso em 06. jul. 2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Leonardo de Lima. **Ativos Intangíveis: avaliação e mensuração no contexto de private e equity e venture capital.** Texto para discussão nº. 1280. Brasília: IPEA, 2007.

RIFKIN, Jeremy. **A Era do Acesso.** Trad. Maria Lucia G.L. Rosa. São Paulo: Makron Books, 2001.

SIMÃO FILHO, A. Revisitando a Nova Empresarialidade a partir do Marco Civil em Contexto da Internet das Coisas. In: LUCCA, N; SIMÃO FILHO, A; LIMA, C. (coords). **Direito &**

**Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).** 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 46.

SIQUEIRA JR. P. Marco Civil da Internet e Proteção de Dados Pessoais. In: LUCCA, N; SIMÃO FILHO, A; LIMA, C. (coords). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).** 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 183.

STEWART, Thomas A. **Capital Intelectual.** 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0009>>. Acesso em 11/12/2016.

\_\_\_\_\_. **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>>. Acesso em 01/12/2016.



# CHALLENGES TO EXPORT CONTROLS ON INFORMATION AND COMMUNICATIONS TECHNOLOGY

Daniel Arnaudo<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCTION

The Internet presents a number of challenges to current international export control regimes. First, it provides a conduit for parties to exchange information virtually rather than physically, making the exchange of software as well as schematic technical information about physical technologies simple to complete without any governmental oversight. Secondly, there are software and hardware related to surveillance and cybersecurity that the U.S. and other governments would also like to control. Software faces the aforementioned challenges with their virtual nature, while hardware components are also dual use, in that they have many legitimate as well as illicit uses. The Middle East, currently undergoing a political reformation, is at the center of many of these challenges. Countries that are currently either fighting for survival, such as Syria, or recently fallen regimes, such as Libya, provide some of the best examples of the challenges to managing these systems through the current export controls. An examination of the suppliers, middlemen, end users and international agreements governing these surveillance and command and control systems will illuminate some of the issues of applying export controls to the related virtual and physical information and communications technologies (I.C.T.s).

This article examines various attempts by countries, either individually or collectively, to prevent or discourage the export of certain kinds of Information and Communication Technologies (ICTs), including advanced encryption techniques, content filtering hardware and advanced surveillance technologies. This includes reviews of American, Brazilian, Chinese, European and Russia approaches to ICT export controls, an examination of articles of the Wassenaar Arrangement pertaining to ICTs, and relevant sections of the Budapest Convention on Cybercrime. Specific cases of export control violations such as the U.S. based Blue Coat's export of hardware to Syria, and the U.K.'s block on the export of Gamma's FinSpy software to Bahrain highlight challenges to maintaining control regimes around systems that are virtual and inherently dual use, also valued by multinational corporations and intelligence agencies around the world. It concludes with recommendations for policymakers and cybersecurity professionals in formulating economic incentives, systems and policies for constraining the spread of such technologies and building a stronger, more coherent international system of controls.

## 2. DISCUSSION

### 2.1. Dual Use I.C.T.

The central issue with these systems is that most technologically advanced countries have an interest in developing, deploying and exporting these systems to allies and economic partners. In a certain party's hands, programs that invade a user's computer to log keystrokes, record video or capture Voice over Internet Protocol (VoIP) conversations

---

<sup>1</sup> Cybersecurity Fellow, International Policy Institute, University of Washington, Seattle. arnaudo@uw.edu.



would be called trojans. In a government agency's control, they would be known as surveillance software. Encryption systems that allow for the deployment of "dark networks" like Tor are a similar dual use component. Depending on the user, these could be good or bad in the eyes of individual governments.

The NSA contractor Edward Snowden's revelations in 2013 that the U.S. government has been using such systems to monitor global Internet traffic highlight this double standard. Technical equipment related to surveillance; including servers for traffic analysis, routers and other network switching devices provide the physical infrastructure for private or public institutions to perform surveillance on their populations. Companies like Blue Coat in the U.S., FinSpy in Germany, Amesys in France and China's ZTE have all developed systems for these purposes which are not easily placed under any export controls. An examination of international agreements, the major supplier states and some of their principal multinationals describes the international system, issues and challenges to cyber export controls.

### 2.2.1. Existing International Agreements: The Wassenaar Arrangement

The Wassenaar Arrangement comes closest to coordinating informational or "cyber" export controls, at present, as well as governing the export of conventional military and potential dual use items. Its members include European Union countries, Argentina, Australia, Canada, Japan, the Republic of Korea, Mexico, New Zealand, Russian Federation, South Africa, Peru, and the USA.<sup>2</sup> One of the principal types of technologies that are limited by the arrangement is software because it is necessary for the use, development and manufacture of almost every item on the list. Wassenaar does not specifically focus on the criminal use of ICTs, such as viruses, surveillance or other offensive systems that are designed to destroy, degrade or block a user. The section on Information Security (5, Part 2) is most focused on encryption and other ICT for security, as opposed to software for the operation of equipment or goods such as fiber optic cables with which the other sections are primarily concerned.<sup>3</sup> It is also the section the British government cited when restricting a company's right to export software outside of the E.U.<sup>4</sup>

This section deals with encryption systems, controlling both symmetric systems (where both users share a private key) with keys over 56 bits and asymmetric systems (with a public/private key). The latter systems must use more complex processes such factorization of integers over 512 bits (such as the popular RSA systems) or the computation of discrete logarithms to be controlled on the list. Recent additions include hardened systems that are "Formally Verified Design and Tested" Evaluation Assurance Level (EAL-7), as defined by the Common Criteria for Information Technology Security Evaluation, as well as quantum cryptography's virtual capabilities.

Encryption is an important technology for nation states to defend because it enables them to keep communications secret and block private parties from creating their own secret networks. Egypt under Hosni Mubarak used FinSpy and other tools in an attempt to listen into conversations on the popular Skype VoIP system, calling it a "safe and encrypted Internet communication system, to which most extremist groups have re-

---

2 <<http://www.wassenaar.org/participating-states/>>.

3 **Wassenaar Arrangement.** Information Security Dual Use List, Category 5, Part 2. 4 de abril, 2016.

4 SILVER, Vernon. Spyware Leaves Trail to Beaten Activist Through Microsoft Flaw. **Bloomberg**, 2012. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2012-10-10/spyware-leaves-trail-to-beaten-activist-through-microsoft-flaw.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

sorted to communicate with each other” in internal memos from 2009.<sup>5</sup> U.S. companies such as Narus, a Boeing subsidiary, and Bitek International provide similar capabilities.

Coordination under the Wassenaar Arrangement is challenging, judging by the paucity of its provisions on existing dual use software technologies. Governments would have to define surveillance technologies, many of which they use themselves on federal, state and local levels, and then specify a means of controlling them across a borderless virtual system.

In the U.S., the FBI has already secured privileged access to Internet Service Providers’ facilities. The Federal Communications Commission ruled that they must comply with federal wiretapping laws in 2004.<sup>6</sup> In 2012, the FBI pushed for Congress to amend the 1994 Communications Assistance for Law Enforcement Act (CALEA) to allow them to gain access to communications made through encrypted online protocols such as GChat, Skype and other VoIP providers.<sup>7</sup> The amendment would require online service providers to create virtual backdoor entrances that would allow law enforcement to bypass the encryption techniques they have built into their systems.<sup>8</sup> The process would be very similar to those used by dictatorships, except in this case the vulnerabilities would be introduced by the software makers themselves, rather than a third party hacker or government commissioned cybersecurity firm.

The revelations of National Security Agency contractor Edward Snowden in 2013 showed that the NSA and its partners, especially the “Five Eyes” intelligence agencies from its allies the United Kingdom, Canada, New Zealand and Australia had systematically used such systems to access communications throughout the world.<sup>9</sup>

As a result, there are significant barriers to the harmonization of export control policy on cybersecurity and networking technology both domestically and internationally. Given Wassenaar’s voluntary nature and focus on conventional, generally physical weapons, this may be a challenge to which it is not suited. However, governments that are increasingly aware of cyber threats should be looking at ways to coordinate virtual export control policy. There are some options, including new methods of multilateral cooperation, potentially outside of the regimes already in effect or through other unilateral policy instruments such as the deployment of liberation technology.

In 2013, the Wassenaar states completely rewrote this section to include software that could be used to “detect surreptitious intrusion”. An uproar in the security community challenged the U.S. Commerce Department’s attempts to write controls on zero day exploits and penetration testing software into its Bureau of Industry and Security’s rules. Researchers protested that the new rules would limit their ability to collaborate with those based in other countries, and unfairly limit them while other countries that are not party to the arrangement would have free reign, as well as favor illegal ac-

---

5 STECKLOW, Steve; SONNE, Paul; BRADLEY, Matt. **Midwest Uses Western Tools to Battle the Skype Rebellion.** *Wall Street Journal*, 2011. Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304520804576345970862420038>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

6 MCCULLAGH, Declan; CHARNY, Ben. **Feds back wiretap rules for Internet.** CNET. Disponível em: <[http://news.cnet.com/Feds-back-wiretap-rules-for-Internet/2100-7352\\_3-5296417.html](http://news.cnet.com/Feds-back-wiretap-rules-for-Internet/2100-7352_3-5296417.html)>. Acesso em: 10 dez. 2012.

7 MCCULLAGH, Declan. **FBI: We need wiretap-ready Web sites - now.** CNET. Disponível em: <[http://news.cnet.com/8301-1009\\_3-57428067-83/fbi-we-need-wiretap-ready-web-sites-now/](http://news.cnet.com/8301-1009_3-57428067-83/fbi-we-need-wiretap-ready-web-sites-now/)>. Acesso em: 10 dez. 2012.

8 SAVAGE, Charlie. **Officials Push to Bolster Law on Wiretapping.** *The New York Times*, 2010. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2010/10/19/us/19wiretap.html>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

9 BALL, James; BORGER, Julian; GREENWALD, Glenn. **Revealed: How US and UK spy agencies defeat internet privacy and security.** *The Guardian*, 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/sep/05/nsa-gchq-encryption-codes-security>>. Acesso em: 6 set. 2016.

tors who will never play by these rules.<sup>10</sup>

## 2.2.2. Existing International Agreements: The Budapest Convention on Cybercrime

The European Union's common market seeks to synthesize export controls amongst member states, and while its members have fairly robust regulatory systems in place, companies often find themselves in conflict with different national laws. EU members are parties to the Wassenaar Arrangement, and Europeans led the way on developing international cybersecurity norms when the Council of Europe drafted a Convention on Cybercrime in the late 1990s. Acting as a vehicle to coordinate European cybersecurity policy beyond the EU (the Council of Europe includes non EU members such as Turkey, Russia and others), the convention prohibits;

- a. the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of:
  - i. a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5;
  - ii. a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5; and
- b. the possession of an item referred to in paragraphs a.i or ii above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5. A Party may require by law that a number of such items be possessed before criminal liability attaches.<sup>11</sup>

Articles 2-5 specify crimes that compromise the confidentiality, integrity, and availability of computer and networking data and systems. Besides European countries, the U.S., Canada, South Africa and Japan have ratified the Convention in the last ten years, and other nations including China are being encouraged to join. Russia has never signed the document.<sup>12</sup> It creates a framework for countries to sanction entities that distribute malicious software, but also provides exceptions in the cases of software that is for the "authorized testing or protection of a computer system." (Article 6, Paragraph 2). This creates a kind of loophole, partly because it is unclear who is authorized to perform testing, and if the authorized party is an authoritarian state, how they would go about protecting their computer systems from opposition.

## 2.3.1 European Suppliers and ICT Export Controls

The fall of Moammar Gadhafi's regime in Libya helps to illustrate just how deeply certain European technology firms are entwined with authoritarian regimes, and also how companies follow E.U. policy in practice. In 2009, A French corporation called Amesys provided Gadhafi with a complete Internet filtering system. Its EAGLE system could examine traffic flowing through the central Libyan Internet Exchange in Tripoli, not only to block and identify sites that users want to access, but could also open emails and other forms of electronic correspondence. As Amesys company documents found in Gadhafi's Internet surveillance office describe: "Whereas many Internet interception systems carry

---

10 BRANDOM, Russell. The international rules that have the security world on alert. **The Verge**, 2015. Disponível em: <<http://www.theverge.com/2015/5/22/8644185/wassenaar-arrangement-export-zero-day-research>>. Acesso em: 12 out. 2016.

11 COUNCIL OF EUROPE. **Convention on Cybercrime**. 2001. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>>

12 COUNCIL OF EUROPE. **Chart of signatures and ratifications of Treaty 185, The Convention on Cybercrime, Status as of December 2016**.. Disponível em: <<https://www.coe.int/web/conventions/full-list>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

out basic filtering on IP address and extract only those communications from the global flow (Lawful Interception), EAGLE Interception system analyses and stores all the communications from the monitored link (Massive interception)."<sup>13</sup>

China's ZTE and a South African firm called VASTech also each contributed pieces to Libya's surveillance infrastructure, while Narus, a subsidiary of Boeing, participated in the bidding process. VASTech noted that it was in compliance with E.U. and U.S. regulations and would never export technology to states under U.N. sanctions, but this case illustrates both the centrality of these technologies in authoritarian command and control structures and the range of international companies that can provide them.

A European company called Gamma provides another example highlighting the challenge to E.U. controls on cybersecurity technology. Gamma promotes software called FinSpy for surveillance and police use by governments and private companies around the world. According to analysis by computer security researchers at the University of Toronto, FinSpy is capable of logging keystrokes, taking screenshots, intercepting Voice over IP calls and file transmissions.<sup>14</sup> They also note that many of the techniques used are indistinguishable from those that were used in the recent Madi virus that spread throughout the Middle East in 2012. This virus was particularly notable in the use of an infection vector that takes advantage of Microsoft Windows "right to left override techniques". It is an especially effective technique in Middle Eastern countries such as the UAE because it relies on the display of script right to left (exe.somefile.jpg) as is the case of Arabic and Hebrew, so that it appears to be an image, when it is in fact an executable (gpj.elifemos.exe) that the systems read as left to right and then run the malicious code.

<sup>15</sup>

The Gamma case is complicated by the fact that they are operating in the E.U. The UK's Treasury Solicitor's Department ultimately concluded that FinSpy was a controlled item under the Wassenaar Arrangement and informed Gamma that they must obtain export licenses to ship FinSpy outside of the E.U.<sup>16</sup> However, the company also has corporate offices in Germany. While the company's corporate leadership claims that they will comply with the export control laws of Germany, the U.K. and even the U.S, it is unclear who would ultimately hold them responsible, and whether or not they would simply move operations to another country if pressed.

There is no physical necessity to be in any particular place to develop software; all that is needed is a PC and an Internet connection. However, the UK's citation of the Wassenaar Arrangement suggests that London considers it an acceptable instrument to tighten controls on such technologies, as opposed to defining them as "harmful" under the Convention on Cybercrime.

Disclosures from the Italian surveillance software company Hacking Team spread further light on the practices of European suppliers and how ICT export controls work within EU member states with regards to Wassenaar. Their internal correspondence and

---

13 SONNE, Paul; COKER, Margaret. Firms Aided Libyan Spies. **Wall Street Journal**, 2011.

14 MARQUIS-BOIRE, Morgan. **From Bahrain With Love: FinFisher's Spy Kit Exposed?** Disponível em: <<https://citizenlab.org/2012/07/from-bahrain-with-love-finfishers-spy-kit-exposed/>>

15 **The Madi Campaign - Part I**. securelist.com. Disponível em: <[https://www.securelist.com/en/blog/208193677/The\\_Madi\\_Campaign\\_Part\\_I](https://www.securelist.com/en/blog/208193677/The_Madi_Campaign_Part_I)>. Acesso em: 31 out. 2016.

16 SILVER, Vernon. U.K. Limits Spyware That May Have Targeted Dissidents. **Bloomberg**, 2012. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2012-09-10/spyware-matching-finfisher-can-take-over-iphones.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.



files were leaked to the public in July 2015 through Wikileaks and other websites.<sup>17</sup> Documents and emails disclosed in the hack have shown that Brazil, Russia, the United States as well as various European agencies have all purchased software from the group.

After internal documents demonstrated that in addition to Western agencies, the company sold software to government entities in Sudan, Egypt and other dictatorial regimes, the Italian government restricted their ability to sell software beyond the E.U. by citing Wassenaar.<sup>18</sup> The sale of surveillance software was likely in contravention of UN resolutions<sup>19</sup> as well as Italian and European regulations such as the Budapest Convention on Cybercrime. The leaks and the subsequent response by the Italian government show other ways that ICT export controls under the Wassenaar Arrangement can operate in practice.

### 2.3.2 Chinese Suppliers and ICT Export Controls

China poses particular challenges for the development of any international regime to control these technologies, as it does in other export control domains. It has a very advanced I.C.T. sector that the government once completely controlled, but now allows to operate somewhat independently. The government is not a member of the Wassenaar Arrangement or the Budapest Convention on Cybercrime but has extremely restrictive domestic regulations, defined by the National Commission on Encryption Code Regulations (NCECR), which controls any kind of encryption sold or imported within the country through these domestic standards. The NCECR requires any foreign company or user to register a key with the government, or even grant access to the Secure Sockets Layer of encrypted traffic that passes through Chinese servers.<sup>20</sup>

However, it remains a major source of regulations, technology purchases and investments in research and development.<sup>21</sup> Its “Great Firewall” system can examine network traffic flowing into and out of the country on a scale unparalleled in the world in real time, a national program of so called “deep packet inspection”.<sup>22</sup> The system can actively and dynamically censor content the regime does not want the public to see, and provides a means of identifying and tracking opponents.<sup>23</sup>

With a client this large and influential, one can see why ICT firms such as ZTE focus their efforts on developing technologies related to these needs, and also why the government would be eager to export similar systems to its allies and other favored trading partners. Conversely, the perception of the pervasiveness of government control over these systems led the U.S. House Intelligence Committee to recommend that both the government and American companies abstain from using networking hardware built by either ZTE or its rival Huawei.<sup>24</sup> The committee members principally cited concerns about cybersecurity and possible threats to critical infrastructure through backdoors

---

17 <<https://wikileaks.org/hackingteam/emails/>>.

18 POLITI, James; KUCHLER, Hannah. Italy strips Hacking Team of licence to export outside EU. **Financial Times**, 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/74d87c9e-053c-11e6-96e5-f85cb08b0730>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

19 WEST, Sara Myers. **Hacking Team Leaks Reveal Spyware Industry's Growth, Negligence of Human Rights**. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2015/07/hacking-team-leaks-reveal-spyware-industrys-growth>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

20 SAPER, Nathan. International Cryptography Regulation and the Global Information Economy. **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, v. 11, p. 683-685, 2013.

21 MCNALLY, Christopher A. (Org.). **China's Emergent Political Economy: Capitalism in the Dragon's Lair**. 1. ed. London e New York: Routledge, 2007, p 39.

22 ROBERTS, Dexter. The Great Internet Firewall of China. **BusinessWeek**, 26 out. 2012.

23 HSUEH, Rosalyn. **China's Regulatory State**. Ithaca: Cornell University Press, 2011.

24 MONTLAKE, Simon. **U.S. Congress Flags China's Huawei, ZTE As Security Threats**. Forbes, 2012

controlled by the Chinese government and its agents.

### 2.3.3 Russian Suppliers and ICT Export Controls

While it is a member of the Wassenaar Arrangement, Russia primarily controls the export and import of encryption technologies through domestic legislation. The RSA security corporation puts them in a list of most restrictive countries with regards to the import of encryption technology, alongside Belarus, China, Kazakhstan, Mongolia, Pakistan, Russia, Singapore, Tunisia, Venezuela, Vietnam.<sup>25</sup> These ICT export and import controls are defined and enforced by the Federal Security Service (Federal'naya Sluzhba Bezopasnosti or "FSB"), while licenses are required from the FSB as well as the Ministry of Economic Development and the Ministry of Industry and Trade depending on the ICT.<sup>26</sup> An attorney at the law firm Steptoe & Johnson in Washington, D.C. notes that this can "vary according to which government official you contact".<sup>27</sup>

Theoretically, anyone who is importing encryption or other ICTs such as "Hardware and software for the protection of banking operations, wireless devices and coding tools"<sup>28</sup> into the country is required to obtain a license from these organizations. It is one of the leading countries in the world for ICT development, and firms such as Kaspersky are highly regarded for their cybersecurity and encryption technology. Such firms must operate in accordance with domestic legislation, enforced by the various aforementioned agencies and ministries. The Russian government took a laissez faire attitude towards the regulation of the Internet in past, but is increasingly attempting to control what goes on in its virtual space through various censorship and surveillance techniques, both legal<sup>29</sup> and technical<sup>30</sup>. Stronger controls on ICT imports and exports is a crucial component of this strategy.

### 2.3.4 U.S. Suppliers and ICT Export Controls

The U.S. hosts the largest and most influential technology sector in the world, so it is no surprise that many of its cybersecurity focused companies have also developed sophisticated online surveillance systems that are marketed both domestically and internationally. The U.S. Department of Commerce's Bureau of Industry and Security (BIS) defines export controls on such technologies, taking into account domestic regulations and international agreements such as the Wassenaar Arrangement and the Budapest Convention.<sup>31</sup>

---

25 **RSA Laboratories - 6.5.1 What are the cryptographic policies of some countries?** Disponível em: <<https://www.emc.com/emc-plus/rsa-labs/standards-initiatives/cryptographic-policies-countries.htm>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

26 See both Notification of the FSB: Customs Union Certificate Russia, Belarus and Kazakhstan. 2010. Disponível em: <<http://www.en.gost24.com/russian-notification-of-the-fsb.php>>. Acesso em: 23 dez. 2016 and PRINCETON UNIVERSITY. **Encryption and International Travel - Information Security..** Disponível em: <<https://www.princeton.edu/itsecurity/encryption/encryption-and-international/>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

27 MESSMER, Ellen. Encryption restrictions. **Network World**, 2004. Disponível em: <<http://www.networkworld.com/article/2331257/lan-wan/encryption-restrictions.html>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

28 **Notification of the FSB: Customs Union Certificate Russia, Belarus and Kazakhstan.** 2010. Disponível em: <<http://www.en.gost24.com/russian-notification-of-the-fsb.php>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

29 MEDUZA. **Russia's State Duma just approved some of the most repressive laws in post-Soviet history.** Disponível em: <<https://meduza.io/en/feature/2016/06/24/russia-s-state-duma-just-approved-some-of-the-most-repressive-laws-in-post-soviet-history>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

30 SONNAD, Nikhil; COLLINS, Keith. How countries like China and Russia are able to control the internet. **Quartz**, 2016. Disponível em: <<http://qz.com/780675/how-do-internet-censorship-and-surveillance-actually-work/>>. Acesso em: 7 out. 2016.

31 KOVACS, Eduard. Experts Concerned About Effects of Proposed Wassenaar Cybersecurity Rules. **Security Week**, 2015. Disponível em: <<http://www.securityweek.com/experts-concerned-about-effects-proposed-wassenaar-cybersecurity-rules>>. Acesso em: 23 dez. 2016.



The case of Blue Coat Systems' struggles to comply with existing U.S. regulations illustrates many of the problems that crop up for such companies, and the difficulty of controlling technologies even under threat of embargo. In 2011 it received an order from what it thought was the Iraqi Government for content filtering devices which it filled by shipping them to Dubai. However, it soon became apparent that the machines had been diverted to Syria, a potential violation of a U.S. trade embargo that has been in place since 2004.<sup>32</sup>

Using major transshipment points such as the UAE's free trade zone as a means of masking the end user is a common practice in conventional and unconventional weapons dealings, and the use of such methods to secure information technology is no exception. Even as Syria entered a state of civil war in 2011, it was able to procure highly specialized equipment from a company hosted by one of its greatest adversaries.

Other major U.S. companies such as Cisco Systems have configured both hardware and software for use in authoritarian regimes such as China. Cisco provided specially configured equipment for two of China's "backbone" networks that are responsible for monitoring and censoring over 80% of the traffic that passes through the country. Likely in response to the previously mentioned Congressional recommendation, the Chinese government forced the administrators of these networks to replace Cisco branded hardware with Chinese equipment in October 2012, suggesting both the sensitive nature of the specially configured devices and the growing politicization of the question of control over these critical networks.<sup>33</sup> Networking technology can easily be used both to regulate Internet traffic and monitor physical space, illustrating the multi-purpose or "dual use" nature of the export control issues in the cybersecurity field.

The same servers are also critical to the development of large scale video surveillance systems, so when China sought to blanket Chongqing with cameras in 2011 it went to Cisco, which eventually provided and configured networking equipment to route the video feeds created by the CCTVs. U.S. export control policies prohibit the sale of crime control devices such as fingerprinting analytics technology to China, but networking hardware did not meet these criteria and the deal went through.<sup>34</sup> Networking technology can easily be used both to regulate Internet traffic and monitor physical space, illustrating the multi-purpose or "dual use" nature of the export control issues in the cybersecurity field.

### 2.3.5 Brazilian Suppliers and the Absence of an ICT Export Control Regime

Brazil has no specific import or export controls on encryption technologies, and is not partner to any international agreement on ICT export controls.<sup>35</sup> A large number of Brazilian companies report that they do not fully utilize encryption in their businesses, 46% saying that they have no or a weak plan for using such technology, and only 28%

---

32 VALENTINO-DEVRIES, Jennifer; SONNE, Paul; MALAS, Nour. U.S. Firm Acknowledges Syria Uses Its Gear to Block Web. **Wall Street Journal**, 2011.

33 BUCKLEY, Sean. **China Unicom takes out Cisco routers due to security concerns**. FierceTelecom. Disponível em: <<http://www.fiercetelecom.com/story/china-unicom-takes-out-cisco-routers-due-security-concerns/2012-10-30>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

34 CHAO, Loretta; CLARK, Don. Cisco Poised to Help China Keep an Eye on Its Citizens. **Wall Street Journal**, 2011. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304778304576377141077267316.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

35 SCHULZ, Wolfgang; VAN HOBOKEN, Joris. **Human Rights and Encryption**. Paris: UNESCO, 2016. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002465/246527E.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016, p. 43.

saying they had a consistent plan.<sup>36</sup> In terms of ICTs in general, while duties are high there are no specific restrictions on technologies that can be imported or exported, so long as they comply with safety regulations.<sup>37</sup> Disclosures in 2016 have shown that Brazilian police and intelligence services have been clients of the aforementioned European ICT surveillance firm, Hacking Team. Emails published online show that companies around the world are clients, including the Brazilian Federal Police, which paid over 45,000 euros for Hacking Team software.<sup>38</sup>

## 2.4.1 Potential Future International Multilateral Regimes

Officials from over 60 countries met in October 2012 to discuss establishing norms for conduct in cyberspace, following up a 2011 meeting in London covering similar themes such as cybersecurity, information assurance and potential codes of conduct governing cyber-warfare.<sup>39</sup> It is possible that such discussions could lead to the development of new export controls covering networking technology, but the opposition of Russia and China and their allies would likely block consensus. Shortly before the 2011 London meeting, they released their own draft of a proposal for an International Code of Conduct for Information Security to the U.N. General assembly.

The draft asserts that “policy authority for Internet-related public issues is the sovereign right of States, which have rights and responsibilities for international Internet-related public policy issues...” and goes on “[t]o reaffirm all States’ rights and responsibilities to protect, in accordance with relevant laws and regulations, their information space and critical information infrastructure from threats, disturbance, attack and sabotage.”<sup>40</sup> The proposal designates the state as the primary and ultimate decision maker, with little room for input from the private sector. Therefore, if a government were to decide that surveillance software or hardware were necessary for the correct functioning of its domestic I.T. infrastructure, a Google or Microsoft would be hard pressed to ignore these dictates.

This digital sovereignty argument has grown in strength since then, as China and Russia have pushed the idea that governments should have total control of their national networks. They have promoted these policies in International forums and within their own conference the China-Russia Internet Media Forum, which met for the first time in October 2016.<sup>41</sup> China and Russia have also signed cooperation agreements on cybersecurity under the auspices of the Shanghai Cooperation Organization (SCO) which also includes Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan and Uzbekistan.

A debate over state control over national telecom networks occurred at the International Telecommunications Union’s World Conference on International Telecom (WCIT) in Dubai in December 2012. There, a bloc of authoritarian states, largely from the Middle East and North Africa, were led by Russia and China to push for greater abil-

---

36 PONEMON INSTITUTE. **2016 Global Encryption Trends Study**. 2016. Disponível em: <[http://images.go.thales-ecurity.com/Web/ThalesEsecurity/%7B5f704501-1e4f-41a8-91ee-490c2bb492ae%7D\\_Global\\_Encryption\\_Trends\\_Study\\_eng\\_ar.pdf](http://images.go.thales-ecurity.com/Web/ThalesEsecurity/%7B5f704501-1e4f-41a8-91ee-490c2bb492ae%7D_Global_Encryption_Trends_Study_eng_ar.pdf)>.

37 GASPAROTTO, Nadia; CONDE, Liliana. **ICT Industry in Brazil**. 2013. Disponível em: <[http://www.s-ge.com/sites/default/files/private\\_files/BBK\\_Brazil\\_ICT%20INDUSTRY\\_11\\_2013\\_0.pdf](http://www.s-ge.com/sites/default/files/private_files/BBK_Brazil_ICT%20INDUSTRY_11_2013_0.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2016, p. 77-78.

38 PÉREZ DE ACHA, Gisela. **Hacking Team Malware Para La Vigilancia en América Latina**. 2016, p. 24.

39 FARNSWORTH, Timothy. U.S. Officials Detail Cyber Policy. **Arms Control Today**, v. 41. November, 2011. Disponível em: <[http://armscontrol.org/act/2012\\_11/US-Officials-Detail-Cyber-Policy](http://armscontrol.org/act/2012_11/US-Officials-Detail-Cyber-Policy)>. Acesso em: 10 dez. 2012.

40 FARNSWORTH, Timothy. (2011). China and Russia Submit Cyber Proposal. **Arms Control Today**, v. 41. November, 2011, p. 37.

41 MARGOLIN, Jack. Russia, China, and the Push for “Digital Sovereignty” · **Global Voices**. Disponível em: <<https://globalvoices.org/2016/12/02/russia-china-and-the-push-for-digital-sovereignty/>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

ities to inspect traffic and regulate the Internet through the U.N. and I.T.U. Versions of their proposals to ensure a state's ability to interface directly with ISPs to identify users and manage traffic are being discussed and deep packet inspection has already been approved.<sup>42</sup> This debate continues in the ITU and in other places such as the Internet Governance Forum, and the aforementioned Chinese and Russian sponsored groups.

The U.S. and E.U. oppose the establishment of international norms to impose DPI but appear to the authoritarian bloc overruled them to pass a final set of acts that endorses this methodology of state centered control of networks and technology. The proposal focuses on being able to identify copyright content being transferred through protocols such as BitTorrent, but also mentions VoIP standards such as the Spanish Jabber program. These debates suggest that the opposing viewpoints in this sphere will make harmonizing export controls through a consensus "treaty for cyberspace" very challenging. While arrangements that are more informal may be possible, unilateral policymaking offers another recourse.

## 2.4.2 Potential Unilateral Policy Responses

Open source encryption systems such as Tor have added another element to the challenges of continuing governmental control over encryption technology, and the U.S. government has encouraged the use of these "dark" networks in places like Syria and Iran where it supports a democratic opposition. It made its own attempts to support such systems very clear in 2010 when the Treasury and Commerce Departments approved the export of an encrypted communications system called Haystack to Iran.<sup>43</sup> Former Secretary of State Hillary Clinton praised the system and there were suggestions in the press that the Department of State had helped to fast track its application.

Unfortunately, at this stage Haystack was still in beta development, and in the ensuing media coverage a number of cybersecurity researchers such as the creator of Tor soon revealed flaws in its architecture, revealing how users of such a system could quickly be identified and located.<sup>44</sup> The scandal highlighted some of the dangers in the promotion of liberation technology, but also highlights some of the ways the U.S. government could balance the surveillance regimes of other countries through the promotion of certain technologies rather than export controls. As in the conventional weapons space, it is a question of whose hands the technology is destined for, and whether they can put it to good use. However, it also places the foreign policy goals promoted by the Department of State in conflict with the domestic goals of the F.B.I. as it seeks to secure access to encrypted conversations across platforms through CALEA and other backdoor methods.

I.C.T. for Development (IT4D) programs can also help encourage the creation of a strong private I.T. sectors in foreign countries. Increasingly, the ability of U.S. companies to export their products with government support through expedited export applications and other incentives are certainly an option the government could consider. There are a number of open source programs that support community based development

---

42 MCCULLAGH, Declan. **U.N. summit votes to support Internet eavesdropping.** CNET. Disponível em: <[http://news.cnet.com/8301-13578\\_3-57557347-38/u.n-summit-votes-to-support-internet-eavesdropping/](http://news.cnet.com/8301-13578_3-57557347-38/u.n-summit-votes-to-support-internet-eavesdropping/)>. Acesso em: 10 dez. 2012.

43 ZETTER, Kim. **Privacy Tool for Iranian Activists Disabled After Security Holes Exposed.** Wired. Disponível em: <<http://www.wired.com/threatlevel/2010/09/haystack/>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

44 MOROZOV, Evgeny. **One week inside the Haystack.** Disponível em: <[http://neteffect.foreignpolicy.com/posts/2010/09/09/one\\_week\\_inside\\_the\\_haystack](http://neteffect.foreignpolicy.com/posts/2010/09/09/one_week_inside_the_haystack)>. Acesso em: 10 dez. 2012.

and are free to use such as Ushihidi and Tor that would encourage the development of more robust and independent technology sectors in developing countries, and help check surveillance programs in authoritarian states. Control of national I.T. infrastructure by private entities is also critical, as shown by repeated censorship and complete Internet shutdowns by regimes in Egypt, Tunisia and Syria during the Arab Spring, something private sector control could help prevent by managing these ISPs more directly.

### 3. FINAL CONSIDERATIONS

There is a complicated mix of domestic and international regulatory structures for policymakers to consider when designing export control policies, and the fluidity and conflicting goals of both supplier and end user states will make harmonization a challenge. The FinSpy case in particular suggests that countries are grappling with how even to apply existing controls to these rapidly developing technologies, let alone formulate new ones. However, the continuing centrality of the Internet in questions of international economic and security policy make cybersecurity and particularly encryption policy the focus of countries the world over. Creating stronger agreements on what constitutes harmful technology, both for the exporters and vulnerable populations in third party, authoritarian countries, should be a part of this discussion.

The human rights and democracy building components of U.S. and E.U. legislation support these goals, and the future development of more powerful, robust infrastructure as well as homegrown I.C.T. sectors globally could be strengthened through the right mix of export controls and state supported technology exports. Authoritarian countries such as Russia and China will continue to heavily restrict the use of such technologies through domestic controls and push for stronger state control of the Internet more broadly, predicated on the policy of digital sovereignty. Democratic countries such as the U.S. and in the E.U. will have to present a more unified set of policies if they are to achieve these ends in the face of centralized, autocratic systems promoted by these authoritarian regimes. I.C.T. export control policy will continue to represent a critical and divisive component of the debate.

### 4. REFERENCES

BALL, James; BORGER, Julian; GREENWALD, Glenn. Revealed: How US and UK spy agencies defeat internet privacy and security. **The Guardian**, 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/sep/05/nsa-gchq-encryption-codes-security>>. Acesso em: 6 set. 2016.

**BITS BLOG. Daily Report: A Surveillance Product Is Aimed at Dissidents.** Disponível em: <<http://bits.blogs.nytimes.com/2012/08/31/daily-report-a-surveillance-product-is-aimed-at-dissidents/>>. Acesso em: 31 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Elusive FinSpy Spyware Pops Up in 10 Countries.** Disponível em: <<http://bits.blogs.nytimes.com/2012/08/13/elusive-finspy-spyware-pops-up-in-10-countries/>>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRANDOM, Russell. The international rules that have the security world on alert. **The Verge**, 2015. Disponível em: <<http://www.theverge.com/2015/5/22/8644185/wasse-naar-arrangement-export-zero-day-research>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BUCKLEY, Sean. **China Unicom takes out Cisco routers due to security concerns.**



FierceTelecom. Disponível em: <<http://www.fiercetelecom.com/story/china-unicom-takes-out-cisco-routers-due-security-concerns/2012-10-30>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CHANDER, Anupam; LIPTON, Jacqueline; SAPIRO, Miriam; *et al.* International Trade and Internet Freedom. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 102, p. 37–49, 2008.

CHAO, Loretta; CLARK, Don. Cisco Poised to Help China Keep an Eye on Its Citizens. **Wall Street Journal**, 2011. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304778304576377141077267316.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Chart of signatures and ratifications of Treaty 185, The Convention on Cybercrime, Status as of December 2016**. Disponível em: <<https://www.coe.int/web/conventions/full-list>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Convention on Cybercrime**. 2001. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>>.

DIÁRIO DA REPÚBLICA. Resolução da Aprova a Convenção sobre o Cibercrime, adoptada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

DICKSON, Rebecca. Cyber industry assails anti-hacking regulations. **The Hill**, 2015. Disponível em: <<http://thehill.com/regulation/cybersecurity/248579-cyber-industry-assails-anti-hacking-regulations>>. Acesso em: 12 out. 2016.

DOWARD, Jamie. Crackdown on sale of UK spyware over fears of misuse by repressive regimes. **The Guardian**, 2012. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2012/sep/09/block-on-exports-surveillance-equipment>>. Acesso em: 31 out. 2016.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. **Hacking Team Leaks Reveal Spyware Industry's Growth, Negligence of Human Rights**. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2015/07/hacking-team-leaks-reveal-spyware-industrys-growth>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

FARNSWORTH, Timothy. China and Russia Submit Cyber Proposal. **Arms Control Today**, v. 41, n. November, p. 37, 2011.

\_\_\_\_\_. U.S. Officials Detail Cyber Policy. **Arms Control Today**, v. 41, n. November, 2011. Disponível em: <[http://armscontrol.org/act/2012\\_11/US-Officials-Detail-Cyber-Policy](http://armscontrol.org/act/2012_11/US-Officials-Detail-Cyber-Policy)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

GASPAROTTO, Nadia; CONDE, Liliana. ICT Industry in Brazil. 2013. Disponível em: <[http://www.s-ge.com/sites/default/files/private\\_files/BBK\\_Brazil\\_ICT%20INDUSTRY\\_11\\_2013\\_0.pdf](http://www.s-ge.com/sites/default/files/private_files/BBK_Brazil_ICT%20INDUSTRY_11_2013_0.pdf)>. Acesso em: 23 dez. 2016.

GLEICK, James. **The Information: A History, A Theory, A Flood**. [s.l.]: Vintage, 2012.

HSUEH, Rosalyn. **China's Regulatory State**. 1. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2011.

KOVACS, Eduard. Experts Concerned About Effects of Proposed Wassenaar Cybersecurity Rules. **Security Week**, 2015. Disponível em: <<http://www.securityweek.com/experts-concerned-about-effects-proposed-wassenaar-cybersecurity-rules>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

LYNCH, Jennifer. **FBI, DOJ and DEA Stall Release of Records on Bid to Expand Surveillance Laws**. Electronic Frontier Foundation. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2011/02/fbi-doj-and-dea-stall-release-records-bid-expand>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

MADSEN, Wayne; BANISAR, David. **Cryptography and Liberty 2000: An International Survey of Encryption Policy**. 2000. Disponível em: <<https://epic.org/reports/crypto2000.html/>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

MARQUIS-BOIRE, Morgan. From Bahrain With Love: FinFisher's Spy Kit Exposed? Disponível em: <<https://citizenlab.org/2012/07/from-bahrain-with-love-finfishers-spy-kit-exposed/>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

MCCULLAGH, Declan. **FBI targets Net phoning**. CNET. Disponível em: <[http://news.cnet.com/FBI-targets-Net-phoning/2100-1028\\_3-5056424.html](http://news.cnet.com/FBI-targets-Net-phoning/2100-1028_3-5056424.html)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **FBI: We need wiretap-ready Web sites - now**. CNET. Disponível em: <[http://news.cnet.com/8301-1009\\_3-57428067-83/fbi-we-need-wiretap-ready-web-sites-now/](http://news.cnet.com/8301-1009_3-57428067-83/fbi-we-need-wiretap-ready-web-sites-now/)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **U.N. summit votes to support Internet eavesdropping**. CNET. Disponível em: <[http://news.cnet.com/8301-13578\\_3-57557347-38/u.n-summit-votes-to-support-internet-eavesdropping/](http://news.cnet.com/8301-13578_3-57557347-38/u.n-summit-votes-to-support-internet-eavesdropping/)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MCCULLAGH, Declan; CHARNY, Ben. **Feds back wiretap rules for Internet - CNET News**. CNET. Disponível em: <[http://news.cnet.com/Feds-back-wiretap-rules-for-Internet/2100-7352\\_3-5296417.html](http://news.cnet.com/Feds-back-wiretap-rules-for-Internet/2100-7352_3-5296417.html)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MCNALLY, Christopher A. (Org.). **China's Emergent Political Economy: Capitalism in the Dragon's Lair**. 1. ed. [s.l.]: Routledge, 2007.

MEDUZA. **Russia's State Duma just approved some of the most repressive laws in post-Soviet history**. Disponível em: <<https://meduza.io/en/feature/2016/06/24/russia-s-state-duma-just-approved-some-of-the-most-repressive-laws-in-post-soviet-history>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

MESSMER, Ellen. Encryption restrictions. **Network World**, 2004. Disponível em: <<http://www.networkworld.com/article/2331257/lan-wan/encryption-restrictions.html>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

MONTLAKE, Simon. **U.S. Congress Flags China's Huawei, ZTE As Security Threats - Forbes**. Forbes. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/simonmontlake/2012/10/08/u-s-congress-flags-chinas-huawei-zte-as-security-threats/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MOROZOV, Evgeny. **One week inside the Haystack**. Disponível em: <[http://neteffect.foreignpolicy.com/posts/2010/09/09/one\\_week\\_inside\\_the\\_haystack](http://neteffect.foreignpolicy.com/posts/2010/09/09/one_week_inside_the_haystack)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

**Notification of the FSB: Customs Union Certificate Russia, Belarus and Kazakhstan**. 2010. Disponível em: <<http://www.en.gost24.com/russian-notification-of-the-fsb.php>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

PÉREZ DE ACHA, Gisela. **Hacking Team Malware Para La Vigilancia en América Lati-**



na. 2016.

PERLROTH, Nicole. FinSpy Software Is Tracking Political Dissidents. **The New York Times**, 2012. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2012/08/31/technology/finspy-software-is-tracking-political-dissidents.html>>. Acesso em: 31 out. 2016.

POLITI, James; KUCHLER, Hannah. Italy strips Hacking Team of licence to export outside EU. **Financial Times**, 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/74d87c9e-053c-11e6-96e5-f85cb08b0730>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

PRINCETON UNIVERSITY. **Encryption and International Travel - Information Security**. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/itsecurity/encryption/encryption-and-internatio/>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

ROBERTS, Dexter. The Great Internet Firewall of China. **Business-Week: global\_economics**, 2012. Disponível em: <<http://www.business-week.com/articles/2012-10-26/the-great-internet-firewall-of-china>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

SAPER, Nathan. International Cryptography Regulation and the Global Information Economy. **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, v. 11, p. 673–707, 2013.

SAVAGE, Charlie. Officials Push to Bolster Law on Wiretapping. **The New York Times**, 2010. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2010/10/19/us/19wiretap.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

**Security Researchers Publish Comments on Wassenaar Rules | Threatpost | The first stop for security news**. Disponível em: <<https://threatpost.com/security-researchers-sound-off-on-proposed-us-wassenaar-rules/113023>>. Acesso em: 27 maio 2015.

SILVER, Vernon. Spyware Leaves Trail to Beaten Activist Through Microsoft Flaw. **Bloomberg**, 2012. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2012-10-10/spyware-leaves-trail-to-beaten-activist-through-microsoft-flaw.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. U.K. Limits Spyware That May Have Targeted Dissidents. **Bloomberg**, 2012. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2012-09-10/spyware-matching-finfisher-can-take-over-iphones.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

SMITH, Matt. Russia backs down on proposals to regulate the Internet. **Reuters**, 2012. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/12/10/us-telecom-treaty-russia-idUSBRE8B913L20121210>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

SONNAD, Nikhil; COLLINS, Keith. How countries like China and Russia are able to control the internet. **Quartz**, 2016. Disponível em: <<http://qz.com/780675/how-do-internet-censorship-and-surveillance-actually-work/>>. Acesso em: 7 out. 2016.

SONNE, Paul; COKER, Margaret. Firms Aided Libyan Spies. **Wall Street Journal**, 2011. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424053111904199404576538721260166388.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

STECKLOW, Steve; SONNE, Paul; BRADLEY, Matt. Mideast Uses Western Tools to Battle the Skype Rebellion. **Wall Street Journal**, 2011. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052702304520804576345970862420038.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

**The Madi Campaign - Part I**. securelist.com. Disponível em: <[https://www.securelist.com/en/blog/208193677/The\\_Madi\\_Campaign\\_Part\\_I](https://www.securelist.com/en/blog/208193677/The_Madi_Campaign_Part_I)>. Acesso em: 31 out. 2016.

**The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies: Control List**. 2016. Disponível em: <<http://www.wassenaar.org/wp-content/uploads/2016/12/WA-LIST-16-1-2016-List-of-DU-Goods-and-Technologies-and-Munitions-List.pdf>>.

**US aims to limit zero-day sales to Five Eyes**. iTnews. Disponível em: <<http://www.it-news.com.au/News/404272,us-aims-to-limit-zero-day-sales-to-five-eyes.aspx>>. Acesso em: 21 maio 2015.

**US backpedals on plan to regulate hacking software**. Engadget. Disponível em: <<http://www.engadget.com/2015/07/30/us-commerce-department-surveillance-software/>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

VALENTINO-DEVRIES, Jennifer; SONNE, Paul; MALAS, Nour. U.S. Firm Acknowledges Syria Uses Its Gear to Block Web. **Wall Street Journal**, 2011. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052970203687504577001911398596328.html>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

VRANICAR, David. **Cisco Routed From Chinese Telecom Network**. Tech News World. Disponível em: <<http://www.technewsworld.com/story/76501.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

WEST, Sara Myers. **Hacking Team Leaks Reveal Spyware Industry's Growth, Negligence of Human Rights**. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2015/07/hacking-team-leaks-reveal-spyware-industrys-growth>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

ZETTER, Kim. **Privacy Tool for Iranian Activists Disabled After Security Holes Exposed**. Wired. Disponível em: <<http://www.wired.com/threatlevel/2010/09/haystack/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.



# HACKTIVISMO COMO FORMA DE PROTESTO

Debora Rodrigues Dias<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República brasileira se preocupou em garantir a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de reunião em seu artigo 5º. O presente trabalho analisa as consequências jurídicas da aplicação dessas em uma modalidade nova de ativismo político: o eletrônico, também conhecido como Hacktivismismo.

A popularização da internet disseminou a ideia de que tal âmbito seria um modelo sob o qual os Estados não conseguiriam tocar, uma anarquia. Isso se mostrou inverossímil: A regulamentação mais antiga parece vir do Digital Millennium Copyright Act de 1998. Grupos organizados, portanto, foram se formando e dedicando-se à defesa da liberdade de expressão na rede. Esse ativismo hacker se demonstra como um fenômeno mundial que vem trazendo consequências jurídicas aos que se autointitulam “integrantes” de alguns desses como, por exemplo, Anonymous, LulzSec, LoU e Wikileaks. O primeiro grupo, inclusive, se diz responsável pela queda do site do Governo do Rio de Janeiro em julho de 2016<sup>2</sup> e participou ativamente da revolução civil da Tunísia em 2011<sup>3</sup>.

Devido a tais atos, alguns hackers vem sendo processados. Commander X ou Christopher Doyon, por exemplo, teve de apresentar defesa à corte dos Estados Unidos da América. Através de seu advogado Jay Leiderman defendeu que as ações de DDos por ele praticadas em prol de um ato promovido pelo grupo Anonymous seriam atividades de protesto (“virtual sit-ins”) que, portanto, devem ser protegidas pelos direitos supracitados<sup>4</sup>. O grupo Anonymous chegou, inclusive a criar uma petição pedindo a legalização desse tipo de “ataque” nos Estados Unidos:

With the advance in internet technology [sic], comes new grounds for protesting. Distributed denial-of-service (DDoS), is not any form of hacking in any way. It is the equivalent of repeatedly hitting the refresh button on a webpage. It is, in that way, no different than any “occupy” protest. Instead of a group of people standing outside a building to occupy the area, they are having their computer occupy a website to slow (or deny) service of that particular website for a short time.<sup>5</sup>

Segundo dados do Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de

---

1 Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Minas Gerais, [DeboraRodrigs@gmail.com](mailto:DeboraRodrigs@gmail.com).

2 MUGGAH, Robert; THOMPSON, Nathan B. **Can Brazil protect the Olympic Games and its own citizens?** Los Angeles Times, Los Angeles, 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-muggah-thompson-rio-games-security-20160622-snap-story.html>>. Acesso em: 15/10/2016.

3 SAMUEL, Alexandra Whitney. **Hacktivism and the Future of Political Participation**. 2004. 284 p. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Políticas, Harvard, Cambridge, 2004. Disponível em: <<http://alexandrasamuel.com/dissertation/pdfs/Samuel-Hacktivism-entire.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

4 KUSHNER, David. The Masked Avengers: How Anonymous incited online vigilantism from Tunisia to Ferguson.. **The New Yorker**, New York, 08 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.newyorker.com/magazine/2014/09/08/masked-avengers>>. Acesso em: 12/10/2016.

5 “Com o avanço da tecnologia passam a existir novas forma de protesto. Ataques distribuídos de negação de serviço (DdoS) não são, de nenhum modo, uma forma de hackear. É o equivalente a repetidamente apertar o botão de atualização. Não é, portanto, diferente de um protesto de ‘reunião’. Ao invés de um grupo de pessoas ficar do lado de fora de um prédio ocupando aquela área, eles estão fazendo com que seus computadores ocupem um web site de modo a dificultar (ou negar) o acesso a esse site particular por um curto período.”. KERR, Dara. **Anonymous petitions U.S. to see DDoS attacks as legal protest**: The hacking group claims DDoS attacks are like the Occupy movement – only instead of physical spaces, they’re occupying the Internet. CNET. 09 jan. 2013. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/anonymous-petitions-u-s-to-see-ddos-attacks-as-legal-protest/>>. Acesso em: 06/10/2016. (Tradução Livre)

Segurança no Brasil,<sup>6</sup> ocorreram 722.205 incidentes naquele âmbito da rede tido como de jurisdição nacional. Esse número deve ser ainda maior porque a entidade apenas registra incidentes sobre os quais foi notificada. Tais atos são majoritariamente praticados por anônimos, entre os quais destaca-se um menor índice de incidentes intencionalmente causados por grupos mais ou menos organizados que avisam previamente o público de suas atividades e lhes fornecem uma explicação política.

Pretende-se a seguir investigar a aplicação da legislação brasileira especificamente às ações de hacktivistas relacionadas a quedas de sites ideologicamente justificadas, com aviso prévio e causadas por Denial of Service. Acredita-se que tais seriam formas de ativismo político e que, portanto, devem se valer do direito constitucional citado. Para tanto, se buscará uma análise aprofundada desses direitos constitucionalmente garantidos, contudo, se faz necessário um estudo subsidiário aplicado do Marco Civil (Lei nº 12.965/14) e da Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/16).

## 2. DESENVOLVIMENTO

Antes de se testar a hipótese criada, faz-se necessário a introdução e delimitação de alguns conceitos.

### 2.1. Denial Of Service e Distribute Denial Of Service

O Marco Civil, em seu artigo 2, II admite que os direitos humanos são fundamentos de tudo o que disciplina a Internet no Brasil. O Artigo 3º é ainda mais expresso quando, em seu inciso I, garante a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento. A princípio, será necessário melhor caracterizar esses direitos de modo a estabelecer os seus requisitos e limites para que, posteriormente, possamos aplicá-los.

A liberdade de manifestação do pensamento está presente no artigo 5º da Constituição Federal. Na sua aplicação: (i) veda-se o anonimato e (ii) não se permite a utilização de violência. Contudo, não se eximem os indivíduos de sanções por infringência a outros preceitos como, por exemplo, o direito de resposta ou do ato tipificado no art. 2º, IV da Lei Antiterrorismo. Não estamos diante de um direito absoluto.

Por ser de vital importância na constituição de um Estado democrático, há doutrinadores que sugerem que, em casos de conflitos desse direito com outros, é ele que deverá prevalecer<sup>7</sup>. Tal entendimento está presente até mesmo no STF quando do julgamento da ADPF 130, como pode ser observado por Ingo Scarlet:

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina – assume uma espécie de posição preferencial (preferred position), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, (Banco, Paulo Gustavo G. Liberdades) muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição preferencial – em que pese consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF 130 – tem sido, em geral, aplicada de forma tímida.<sup>8</sup>

A liberdade de reunião, por sua vez, sempre foi contemplada por nossas constituições republicanas, mas também nunca teve natureza absoluta. Em 1988, optou-se por alguns requisitos para sua melhor adequação que são expressos no artigo 5º da

6 BRASIL. CERT.br. **Estatísticas dos Incidentes Reportados ao CERT.br**. Disponível em: <<http://www.cert.br/stats/incidentes/>>. Acesso em: 23/08/2016.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, SP: Saraiva, Almedina, 2013. p. 257

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo Saraiva 2016, p. 496

## Constituição Federal:

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente<sup>9</sup>.

Durante o julgamento da ADI 1969-4/DF, o Ministro Carlos Britto se manifestou quanto à forma de interpretação adequada desse inciso: seria um “...dispositivo de eficácia plena, quanto ao seu teor de normatividade, por conta própria, indica todas as condições para o exercício desse direito.”<sup>10</sup>.

São necessárias, portanto, essas quatro condições: (iii) que a reunião seja plural, coletiva; (iv) que tenha natureza pacífica e objeto lícito; (v) que ocorra em locais abertos ao público; (vi) e que exista aviso prévio a autoridade competente.

## 2.2. Da Liberdade de Reunião e da Manifestação do Pensamento

O Marco Civil, em seu artigo 2, II admite que os direitos humanos são fundamentos de tudo o que disciplina a Internet no Brasil. O Artigo 3º é ainda mais expresso quando em seu inciso I, garante a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento. A princípio, será necessário melhor caracterizar esses direitos de modo a estabelecer os seus requisitos e limites para que, posteriormente, possamos aplicá-los.

A liberdade de manifestação do pensamento está presente no artigo 5º da Constituição Federal. Na sua aplicação: (i) veda-se o anonimato e (ii) não se permite a utilização de violência. Contudo, não se eximem os indivíduos de sanções por infringência a outros preceitos como, por exemplo, o direito de resposta ou do ato tipificado no art. 2º, IV da Lei Antiterrorismo. Não estamos diante de um direito absoluto.

Por ser de vital importância na constituição de um Estado democrático, há doutrinadores que sugerem que, em casos de conflitos desse direito com outros, ele é que deverá prevalecer<sup>11</sup>. Tal entendimento está presente até mesmo no STF quando do julgamento da ADPF 130, como pode ser observado por Ingo Scarlet:

Dada a sua relevância para a democracia e o pluralismo político, a liberdade de expressão – pelo menos de acordo com significativa doutrina – assume uma espécie de posição preferencial (preferred position), quando da resolução de conflitos com outros princípios constitucionais e direitos fundamentais, (Banco, Paulo Gustavo G. Liberdades) muito embora se afirme que no Brasil a teoria da posição preferencial – em que pese consagrada pelo STF quando do julgamento da ADPF 130 – tem sido, em geral, aplicada de forma tímida.<sup>12</sup>

A liberdade de reunião, por sua vez, sempre foi contemplada por nossas constituições republicanas, mas também nunca teve natureza absoluta. Em 1988 optou-se por alguns requisitos para sua melhor adequação que são expressos no artigo 5º da Constituição Federal:

9 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao compilado.htm)>. Acesso em: 16/09/2016.

10 BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1969-4**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 de junho de 2007. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 10/10/2016. p. 33

11 CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Op.cit. p. 247.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Op.cit., p. 496



XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.<sup>13</sup>

Durante o julgamento da ADI 1969-4/DF, o Ministro Carlos Britto se manifestou quanto a forma de interpretação adequada desse inciso: seria um “...dispositivo de eficácia plena, quanto ao seu teor de normatividade, por conta própria, indica todas as condições para o exercício desse direito.”<sup>14</sup>

São necessárias, portanto, essas quatro condições: (iii) que a reunião seja plural, coletiva; (iv) que tenha natureza pacífica e objeto lícito; (v) que ocorra em locais abertos ao público; (vi) e que exista aviso prévio a autoridade competente.

### 2.3. Do Hacktivismo através de DoS e DDoS como forma de protesto

Os deveres dos cidadãos já nos parecem vir se aplicando às ações na rede. É relativamente comum uma interpretação expansiva de condutas criminosas praticadas usando-se o computador<sup>15</sup>. Ao contrário da Constituição, esse ramo do direito tem com princípio a estrita legalidade, o que nos leva a uma interpretação taxativa. Mesmo assim, a aplicação expansiva da legislação constitucional parece enfrentar mais barreiras jurisdicionais do que aquele.

Isso se faz à revelia de casos de grande repercussão, como o de Julian Assange, que demonstram vertente popular que acredita na aplicação dos direitos humanos aos atos virtuais que hoje são considerados crimes. Ela pode ser exemplificada pela defesa do ex-presidente Lula ao Wikileaks<sup>16</sup>.

A liberdade de expressão, por exemplo, é protegida na nossa sociedade desde a Carta Imperial de 1824 e “...também merece a tutela da lei no âmbito da internet, que, atualmente, revela-se como um dos meios mais significativos de manifestação intelectual, cultural, artística, social etc.”<sup>17</sup>.

Isso nos levou a uma interpretação mais ampla e contextualizada das normas ao aplicá-las às práticas hacktivistas. O conceito de liberdade seria, portanto, a possibilidade de uma “coordenação consciente” do homem em busca da sua “realização pessoal”<sup>18</sup>. Aplica-se ainda a teoria da luta por reconhecimento de Axel Honneth na medida em que a internet seria a ferramenta utilizada para se expressar por aquele grupo de indivíduos cujas outras formas de manifestação política lhes falharam.

13 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 16/09/2016.

14 BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1969-4**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 de junho de 2007. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 10/10/2016.p.33

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1330028**. Brasília, DF, 06 de novembro de 2013. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Brasília, 17 dez. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24931767&num\\_registro=201200490545&data=20121217&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24931767&num_registro=201200490545&data=20121217&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 02/10/2016.

16 BONIN, Robson; PASSARINHO, Nathalia. **Presidente Lula critica prisão de fundador do site WikiLeaks**. G1. Brasília, DF. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/presidente-lula-critica-prisao-de-fundador-do-site-wikileaks.html>>. Acesso em: 02/12/2016.

17 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14. São Paulo Saraiva 2016 pg. 488

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 223



## 2.3.1. Liberdade de manifestação do pensamento aplicada

Aqui pretende-se aplicar o direito à manifestação do pensamento aos casos hacktivistas. Para isso, dividiremos a abordagem conforme os limites ou requisitos que foram anteriormente traçados.

### 2.3.1.1. Da vedação do anonimato (i)

Para o min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao julgar medida cautelar no mandado de segurança MS 24369/DF<sup>19</sup> e doutrinadores como José Afonso da Silva,<sup>20</sup> esse ônus constitucional apenas existe de modo a viabilizar a identificação dos manifestantes e da sua autoria em eventuais danos a terceiros frutos dessa liberdade de expressão.

Os hacktivistas raramente usam seus nomes reais, apesar disso, é possível rastrear os responsáveis através de, por exemplo, seus endereços de IP. Não nos parece que a simples existência de uma cultura que preza por apelidos implique em absoluto anonimato e impeça – se necessário – a aplicação de sanções. Se é esse o objetivo do legislador, basta que exista a possibilidade de identificação dos agentes que praticam tais atos.

Os grupos que utilizam de atos DoS e DDoS mudam suas políticas no tempo ou conforme a ação que querem empreender, apesar disso, podem ser divididos em dois: aqueles que preferem a transparência de seus agentes, como os Electrohippies; e aqueles que prezam pelo anonimato, como o Cult of the Dead Cow. No último caso, tenta-se mascarar o IP (IP spoofing). Tais parecem ser grupos mais elitistas e delimitados possuindo menos integrantes<sup>21</sup>.

Analisando o histórico dessa preferência pelo anonimato de alguns nos parece que a tentativa de ocultar os IPs e a transição de ações majoritariamente DoS para DDoS se deu em resposta à evolução dos softwares e das medidas protetivas adotadas pelas grandes Companhias. Essas conseguiram arcar com os altos custos de identificar os agentes responsáveis pelas ações de DoS e bloqueá-los antes que causassem um impacto na viabilidade de seu sistema. Desse modo, a resposta dos hacktivistas para viabilizar o ativismo online foi a utilização de atos DDoS e de ocultação dos IPs.

Entendemos, portanto, que o anonimato apenas passou a integrar atos hacktivistas para viabilizá-los. O anonimato só passou a ser adotado como forma de garantir o ativismo político. Contudo, reconhecemos que há uma vedação constitucional a esse de forma que para tais atos serem protegidos pelo direito à liberdade de expressão faz-se necessário que exista alguma forma de encontrar os responsáveis, ou seja, não poderá existir a ocultação dos endereços de IP.

O Marco Civil também trata do assunto de forma, inclusive, inconstitucional para

---

19 BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24369**. Relator: Min. Celso de Mello.. Brasília, DF, 10 de outubro de 2012. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Brasília, 17 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS-MC.SCLA.+E+24369.NUME.+E+20021010.JULG.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02/10/2016.

20 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op.cit.. p.245

21 SAUTER, Molly. **The Coming Swarm: DDoS Actions, Hactivism, and Civil Disobedience on the Internet**. London: Bloomsbury Publishing Inc, 2014. Disponível em: <<http://oddlatters.com/files/2014/04/Sauter-The-Coming-Swarm-CC-Copy.pdf>>. Acesso em: 10 /10/2016. p. 48

alguns delegados<sup>22</sup>:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;<sup>23</sup>

Concordamos com Patrícia Pinheiro que a inclusão desse artigo no projeto de lei se fez para impedir uma elevada comercialização de Big Data e uma vigilância discriminada por parte do poder público<sup>24</sup>. Contudo, como a inconstitucionalidade nunca foi declarada, não nos parece que exista nenhuma legislação ou jurisprudência que impeça a aplicação desse artigo a atos como os hacktivistas.

Ao contrário daquele preceito constitucional, portanto, essa legislação parece não apenas permitir atos hacktivistas anônimos, mas tem esse anonimato como um direito essencial assegurado aos usuários.

### 2.3.1.2. Da não utilização de violência (ii)

Quanto à necessidade de serem os atos não violentos, autores como Yochai Benkler argumentam que ambas as formas de ataque causam empecilhos e não destruição<sup>25</sup>. Ações puramente de DoS ou DDoS não são capazes de infiltrar o sistema da “vítima” ou dela retirar informações. O dano causado é a inviabilidade do sistema por algumas horas, ou ainda, a sua simples lentidão.

Utilizando-se do mesmo raciocínio, não existe uma incitação a atos violentos. O limite do ativismo aqui tratado é interromper o canal de comunicação de determinado site por um período determinado.

Já se argumentou que terceiros que acessam determinado site sofrendo dessas ações não teriam consciência alguma do que está acontecendo e qual a justificativa para um lentidão ou inviabilidade<sup>26</sup>. Existiria um impacto na imagem porque os indivíduos apenas notam o mau funcionamento.

Não acreditamos que um simples dano à imagem seja uma prática violenta. Dependendo do fim desse site, pode existir um dano material devido à inviabilidade do sistema, contudo, se trata de uma possível responsabilização civil causada pela perda de uma oportunidade do controlador do site. Fazendo um paralelo com passeatas e reuniões no mundo real, elas são frequentemente marcadas em frente a lojas e shoppings o que diminui ou impede seu fluxo de compras. Para nós, apenas isso não é o suficiente para impedirem os atos dos manifestantes.

22 SHAYURI, Aline. **Inconstitucional: Em nota técnica, ADPF critica projeto do Marco Civil da Internet**. Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, 30 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia\\_portal.wsp?tmp.edt.materia\\_codigo=5305#.WEoCgtUrLDc](http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=5305#.WEoCgtUrLDc)>. Acesso em: 03/12/2016.

23 BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 06/09/2016.

24 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.53

25 MURRAY, Andrew. **Information Technology Law: The Law and Society**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. p.380

26 SAUTER, Molly. **The Coming Swarm**: Op.cit.. p. 64

## 2.3.2 Liberdade de reunião aplicada

Neste tópico verificamos se há a existência dos cinco supracitados requisitos das práticas por DoS e DDoS. Nessa última, se verificou uma dificuldade de aplicação que será melhor demonstrada nos subtópicos seguintes.

### 2.3.2.1. Da coletividade (iii)

Conforme já se argumentou, as ações por DoS ou DDoS podem tanto se originar de um grupo grande de indivíduos, quanto de um grupo pequeno, ou ainda, de apenas um hacker. Seria, portanto, muito especulativo de nossa parte abordar de maneira abstrata a presença ou não de coletividade nesses tipos de ações. Até mesmo dentro de um mesmo grupo é possível que algumas ações incluam todos os seus integrantes ou apenas um. Portanto, essa análise variará no caso concreto.

### 2.3.2.2. Da natureza pacífica e objeto lícito (iv)

Conforme já se abordou no tópico sobre a não utilização da violência, as práticas aqui estudadas não possuem a intenção de impactar equipamentos ou pessoas. A intenção é apenas diminuir ou extinguir por período determinado de tempo um canal de comunicação específico.

Mesmo que o objetivo da ação seja a revogação de uma norma ou o debate quanto a um objeto ilícito<sup>27</sup>, o Supremo Tribunal Federal já pode se manifestar ao julgar a ADPF 187<sup>28</sup> e na ADI 4274-DF. Nessa última, no voto do Ministro Ayres Britto podemos ler:

Com efeito, não se pode confundir a criminalização da conduta com o debate da própria criminalização. Noutras palavras, quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja, nesse plano dos direitos fundamentais, desde que, óbvio, o faça de forma pacífica. Se assim não fosse, as normas penais estariam fadadas à perpetuidade, como bem lembrou o ministro Cezar Peluso, quando da discussão da referida ADPF 187. Perpetuidade incompatível com o dinamismo e a diversidade tanto cultural quanto política (pluralismo) da sociedade democrática em que vivemos. Sociedade em que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. E o fato é que sem pensamento crítico não há descondicionalismo mental ou o necessário descarte das pré-compreensões.<sup>29</sup>

Voltamos a afirmar que as ações hacktivistas puramente de DoS e DDoS não invadem computadores de forma a destruí-los ou buscar informações sigilosas. Mesmo no caso de atos por DDoS que podem vir a se utilizar de torjans, não necessariamente há uma violência advinda deles porque pode o próprio proprietário ter autorizado essa medida. Novamente, temos que analisar o caso concreto.

### 2.3.2.3. Em locais abertos ao público (v)

A ideia do legislador ao constar tal previsão parece ser uma tentativa de prever reuniões simultâneas de grupos distintos ou viabilizar um aparato policial capaz de mel-

27 CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Op.cit.. p. 256

28 BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 15 de junho de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 10/10/2016.

29 BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274**. Relator: Min. Ayres BRITTO. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em: 10/10/2016.

hor proteger a reunião que se quer convocar. Entende-se, portanto, que essa previsão “não é nem limitação nem exigência para o exercício da liberdade de reunião.”<sup>30</sup>. Não é preciso que a autoridade indique local para que reuniões se façam.

Quanto à definição de local aberto ao público, há quem argumente a completa inviabilidade de aplicação do direito de reunião na Internet porque se fazem necessariamente em âmbitos privados<sup>31</sup>. Discordamos dessa posição pelo que se segue.

Em 2014, tornaram-se famosos os casos de reuniões de adolescentes marcadas frequentemente em shoppings (“rolezinhos”). Naqueles casos existiram – basicamente – duas posições judiciais:

O movimento, que vem se verificando com alguma frequência em outros empreendimentos comerciais não visa expropriação ou posse de nada. Busca, isso sim, a realização de encontro de jovens em grande número, o que vem assustando, nem sempre com razão, comerciantes e frequentadores habituais desses locais.

Com efeito, se é correto afirmar que distúrbios se verificaram em eventos semelhantes em outras cidades, também é cediço que muitos deles transcorreram de forma pacífica, sem a ocorrência de crimes, nada justificando o cerceamento prévio dos jovens.

A questão refere-se, essencialmente, aos eventuais excessos, caracterizadores de atos ilegais, e o papel da Secretaria da Segurança Pública do Estado, a qual cumpre velar pela segurança da população e repressão da criminalidade, nos eventos em tela, e não de proteção possessória.

Assim, indefiro o pedido liminar possessório, contudo, ad cautelam, determino a expedição de ofício urgente ao Comando da Polícia Militar do Estado, requisitando-se efetivo policial suficiente no local na data de amanhã, visando garantir a segurança dos presentes, inclusive dos participantes do evento, e tomar as necessárias providências no sentido de coibir a prática de atos criminosos na ocasião.<sup>32</sup>

Com base nessas premissas, entendo que o direito à livre manifestação, ou mesmo de reunião, deve ceder espaço para a preservação da ordem e paz públicas, conjugadas com o direito de ir e vir e dos valores sociais do trabalho, este último, um dos fundamentos da própria República (artigo 1.º, inciso IV, da CR/88).

Como já teve oportunidade de salientar o MM Juiz, CARLOS ALEXANDRE BÖTTCHER, ‘o direito constitucional de reunião não pode servir de subterfúgio para a prática de atos de vandalismo e algazarra em espaços públicos e privados, colocando em risco a incolumidade dos frequentadores do local e a propriedade privada.’ (trecho da decisão liminar proferida nos autos n.º 4004450-43.2013.8.26.0007, 04.ª Vara Cível, Foro Regional de Itaquera).<sup>33</sup>

É possível observar nesses e em outros julgados uma grande preocupação em manter as reuniões pacíficas, mas existiam poucos argumentos quanto à impossibilidade de elas ocorrerem em âmbitos privados – se abertos ao público. O que existe é uma utilização pacífica, apesar de exagerada, do sítio ou site já aberto ao público.

Locais públicos, como eles são tidos no mundo real, sequer existem no âmbito virtual. Se há o desejo de manifestação de expressão nessa mídia os indivíduos sempre terão que a fazer no âmbito privado (seja essa manifestação individual ou coletiva). Local esse que, majoritariamente, é aberto ao público, mesmo que – para isso – seja necessário um cadastro prévio. Consequentemente, nos parece que impedir a manifestação de grupos através de sua reunião apenas porque se trata de um âmbito público vai diretamente contra a idealização do artigo 5º da nossa Constituição Federal já que consequentemente impediria toda forma de reunião que não se dê em domínio próprio.

30 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op.cit.. p.265

31 SAUTER, Molly. **The Coming Swarm**: Op.cit. p. 44

32 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1000325-19.2014.8.26.0114**. Relator: Juiz Herivelto Araujo Godoy. Campinas, SP, 09 de janeiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/rolezinhos-iguatemi-campinas.pdf>>. Acesso em: 02/12/2016.

33 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1000656-46.2014.8.26.0002**. Relator: Juiz Luiz Gustavo Esteves. Santo Amaro, SP, 10 de janeiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/juizes-divergem-em-decisoes-sobre-rolezinhos-5115.html/shopping-campo-limpo.pdf-5575.html/>>. Acesso em: 02/12/2016.

#### 2.3.2.4. Do aviso prévio a autoridade competente (iv)

Quanto a esse último requisito, nota-se que não há uma exigência por autorização daqueles competentes “o que há é mera informação, e não pedido de autorização”.<sup>34</sup> A extensão dessa exigência está, inclusive, para ser decidida no Supremo Tribunal Federal através do RE 806.339, com repercussão geral.

Reconhecemos que, se o entendimento for quanto à necessidade de aviso formal à autoridade competente, o enquadramento das ações DoS e DDoS nessa norma se dificulta porque os grupos hacktivistas usualmente não são muito organizados e, conseqüentemente, não possuem porta-vozes capazes de fazer avisos formais de forma não anônima.

Assim como no tópico anterior, a interpretação que se prefere dar ao dispositivo é quanto à intenção do legislador que aqui nos parece possuir uma preocupação muito mais voltada a segurança dos participantes do que a necessidade de planejamento e ordem pública ao se exercer direitos.

### 2.4. Da Existência de manifestação política

As ações de Dos e Ddos, a princípio, podem não aparentar possuir uma motivação política ou expressão de pensamento. Para melhor compreendê-las é preciso lembrar que a internet foi criada e é ainda utilizada como meio de comunicação. A quebra dessa comunicação ou empecilhos para que ela ocorra é também uma forma de se manifestar comparável ao silêncio frente um tribunal, por exemplo.

By combining Pfaffenberger's concept of the counter artifact with Jodi Dean's theory of communicative capitalism, we can see how the imposition of silence and delay into a signal rich environment can be not only a powerful discursive contribution, but also a necessary one for the proper functioning of the public sphere.

The 'counter artifact' produced here is the disruption itself. By replacing continuity with disruption, activists attempt to create a rhetorical cavity in the digitized structure of capitalism wherein activism can take place.<sup>35</sup>

A natureza desse tipo de ativismo e sua forma de expressar ideias é interromper o fluxo de informações que tais hackers não compactuam. É possível compreendê-las como simples atos de vandalismo porque inexistem um manifesto ou organização responsável pelos atos. A falta de tais, contudo, não nos parece implicar na ausência de posições políticas compartilhadas por um grupo de indivíduos. A queda de um site tem muito a dizer, apesar de não o fazer sempre de forma expressa.

## 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A metáfora de “virtual sit-ins” talvez não seja a mais apropriada porque os atos aqui relatados não se utilizam dos mesmos mecanismos daqueles historicamente tidos como de desobediência civil<sup>36</sup>. O momento histórico é diferente do contexto no qual se criaram tais garantias políticas.

34 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Op.cit. pg. 505

35 “Ao combinar os conceitos de contra-artefato de Pfaffenberger com a teoria de capitalismo comunicativo de Jodi Dean, podemos ver como a imposição de silêncio ou demora em um ambiente com alta eficiência pode não apenas ser uma poderosa contribuição discursiva, mas também necessária para o bom funcionamento da esfera pública. O 'Contra-artefato' produzido aqui é a ruptura por si mesma. Ao se substituir a continuidade pela ruptura, ativistas buscam criar um vácuo retórico na estrutura digital onde ativistas podem participar.” (Tradução Livre). SAUTER, Molly. **The Coming Swarm**: Op.cit.. p. 44

36 Idem. p. 26



Durante esse estudo dos “ataques” de DoS e DDoS, foi possível observar que o tratamento jurídico dado a ambos os métodos é muito diverso. No primeiro caso, acreditamos que o direito à liberdade de expressão e reunião devem ser aplicados, mesmo que enfrentem algumas dificuldades quanto à necessidade de aviso à autoridade pública competente.

Já quanto às ações por DDoS, existem muitos meios para viabilizá-las, o que dificulta sua análise em abstrato. Apesar disso, concluímos de forma preliminar pela não aplicação do direito à liberdade de expressão porque há uma tendência desses grupos ao anonimato. Mesmo que se entenda que esse anonimato apenas existe para viabilizar tal ativismo e que outras doutrinas alienígenas sequer o citam, o Superior Tribunal Federal e muitos outros doutrinadores brasileiros já se mostram claros quanto à necessidade dessa possibilidade de identificação por parte da Constituição Federal brasileira.

Por fim, quanto à adequação desses atos por DDoS ao direito à livre reunião, tem-se também uma dificuldade desse ativismo em avisar a autoridade competente quanto a suas ações. Porém, de forma semelhante, tal empecilho não nos parece ser suficiente para tornar tal ato ilegal.

Mesmo que se discorde da hipótese aqui apresentada, um último argumento se faz necessário: a necessidade de proporcionalidade na punição. Se os atos praticados por hacktivistas com o uso de DoS ou DDoS se qualificam dentro do campo ativista e tem intenção política, a punição desses agentes não deveria ser tão severa quanto aquela de hackers cujo objetivo é roubar senhas e dados, utilizar-se remotamente de computadores de terceiros ou causar um dano à imagem de determinado governo e companhia. Nenhum dado sensível é roubado, assim como não há impactos permanentes a ordem pública. A queda de sites é momentânea, mas as sanções até o presente momento não nos parecem compreender a natureza desse tipo de ativismo e sua importância para concretizar e viabilizar um Estado democrático pleno.

Dito isso, é preciso ter cautela quanto ao conceito de atos hacktivistas. A correta identificação dessa manifestação política é necessária para que ela não perca sua credibilidade porque pequenos grupos se apoderam dela para fins outros que não o ativismo. Conforme parecer do McAfee Labs, por exemplo, Raj Samani afirma:

What has slowly changed over the past few years is the ease with which non hacktivist actors can associate their own actions with such well-known groups using copy-cat operations. This trend appears to be obfuscating the ideology behind true hacktivist operations. The Ashley Madison hack (...), does not sound like a high-minded, clearly defined political or social action, which is a cornerstone of a true hacktivist attack.

If that is true, then we may be entering a world of vandalism at an industrial scale. It is also possible that the actual motivations are classic corporate cybercrime that is simply using hacktivism as a mask.

(...)

In 2016, we predict hacktivism in its true sense will continue; but it will likely be limited in scope in comparison with the past. Many of the most dedicated hacktivists promoting their causes have been arrested, prosecuted, and imprisoned. What is likely to increase, however, are attacks that appear to be inspired by hacktivism but actually have very different, hard-to-determine motives. The reality is that modern hacktivism is nothing more than a case of copy and paste and, as we have seen, our ability to lift the fog of obfuscation will be harder than ever before<sup>37</sup>.

---

37 “O que tem mudado lentamente nos últimos anos é a facilidade com a qual agentes não hacktivistas conseguem associar suas ações com grupos conhecidos utilizando-se de imitações. Essa tendência parece estar ofuscando a ideologia por detrás de operações verdadeiramente hacktivistas. O caso Ashley Madison (...), não soa como algo pensado, uma ação definida politicamente ou socialmente, o que é o pilar de um ataque hacktivista verdadeiro. Se isso é verdade, nós talvez estejamos entrando em um mundo de vandalismo em escala industrial. Também é possível que motivações sejam apenas clássicos crimes corporativos que apenas usam o hacktivismismo como máscara.(...)”

## 4. REFERÊNCIAS

BONIN, Robson; PASSARINHO, Nathalia. **Presidente Lula critica prisão de fundador do site WikiLeaks. G1**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/presidente-lula-critica-prisao-de-fundador-do-site-wikileaks.html>>. Acesso em: 02/12/2016.

BRASIL. CERT.br. **Estatísticas dos Incidentes Reportados ao CERT.br**. Disponível em: <<http://www.cert.br/stats/incidentes/>>. Acesso em: 23/08/2016.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 25 mar. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.html)>. Acesso em: 26/11/2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16/09/2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 06/09/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1969-4**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 28 de junho de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em: 10/10/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.274**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>>. Acesso em: 10/10/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Relator: MIN. Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 05/10/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 15 de junho de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 10/10/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24369**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de outubro de 2012. **Revista Eletrônica da Jurisprudência**. Brasília, 17 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS-MC.SCLA.+E+24369.NUME.+E+20021010.JU-LG.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 02/10/2016.

---

Em 2016, nós prevemos que o hacktivismo em seu verdadeiro significado continuará; mas provavelmente será limitado quantitativamente se comparado com o passado. A maioria dos hacktivistas mais dedicados estão presos, em julgamento ou foram condenados. O que é provável de se elevar, contudo, são ataques que aparentam se inspirar no hacktivismo, mas em realidade são muito diferentes e com motivações de difícil determinação. A realidade é que o hacktivismo moderno não é nada mais do que casos de 'copiar e colar' e, como vimos, nossa habilidade de elevar a névoa que nos ofusca será mais difícil do que nunca" (tradução Livre)

LABS, McAfee. **2016 Threats Predictions**. Santa Clara: Intel Security, 2016. Disponível em: <<http://www.mcafee.com/mx/resources/reports/rp-threats-predictions-2016.pdf>>. Acesso em: 01/10/2016. p. 36-37

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1330028**. Brasília, DF, 06 de novembro de 2013. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Brasília, 17 dez. 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24931767&num\\_registro=201200490545&data=20121217&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24931767&num_registro=201200490545&data=20121217&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 02/10/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 806.339**. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 18 de outubro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4555912>>. Acesso em: 30/10/2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, SP: Saraiva, Almedina, 2013. 2380 p.

KERR, Dara. Anonymous petitions U.S. to see DDoS attacks as legal protest: **The hacking group claims DDoS attacks are like the Occupy movement – only instead of physical spaces, they’re occupying the Internet**. CNET. 09 jan. 2013. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/anonymous-petitions-u-s-to-see-ddos-attacks-as-legal-protest/>>. Acesso em: 06/10/2016.

KLANG, Mathias. Virtual Sit-Ins, Civil Disobedience and Cyberterrorism. In: KLANG, Mathias; MURRAY, Andrew. **Human Rights in the Digital Age**. London: Routledge-cavendish, 2004. Cap. 11. p. 135-145. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=1m\\_hkmTaTSoC&pg=PR4&lpg=PR4&dq=ISBN+1-90438-531-1&source=bl&ots=0QmLwll\\_bo&sig=ft-ycw2W6Deeg9wewgSMIs\\_J5pc&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiWvKSJg9PPA-hUM1B4KHQ4BBwsQ6AEILjAB#v=onepage&q=ISBN1-90438-531-1&f=false](https://books.google.com.br/books?id=1m_hkmTaTSoC&pg=PR4&lpg=PR4&dq=ISBN+1-90438-531-1&source=bl&ots=0QmLwll_bo&sig=ft-ycw2W6Deeg9wewgSMIs_J5pc&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiWvKSJg9PPA-hUM1B4KHQ4BBwsQ6AEILjAB#v=onepage&q=ISBN1-90438-531-1&f=false)>. Acesso em: 28/09/2016.

KUSHNER, David. **The Masked Avengers: How Anonymous incited online vigilantism from Tunisia to Ferguson**. The New Yorker, New York, 08 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.newyorker.com/magazine/2014/09/08/masked-avengers>>. Acesso em: 12/10/2016.

LABS, McAfee. **2016 Threats Predictions**. Santa Clara: Intel Security, 2016. Disponível em: <<http://www.mcafee.com/mx/resources/reports/rp-threats-redictions-2016.pdf>>. Acesso em: 01/10/2016.

MUGGAH, Robert; THOMPSON, Nathan B. **Can Brazil protect the Olympic Games and its own citizens?** Los Angeles Times, Los Angeles, 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-muggah-thompson-rio-games-security-20160622-snap-story.html>>. Acesso em: 15/10/2016.

MURRAY, Andrew. **Information Technology Law: The Law and Society**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. 653 p. Acesso em: 20/09/2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMUEL, Alexandra Whitney. **Hactivism and the Future of Political Participation**. 2004. 284 p. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Políticas, Harvard, Cambridge, 2004. Disponível em: <<http://alexandrasamuel.com/dissertation/pdfs/Samuel-Hactivism-entire.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1000325-**

**19.2014.8.26.0114.** Relator: Juiz Herivelto Araujo Godoy. Campinas, SP, 09 de janeiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/rolezinho-iguatemi-campinas.pdf>>. Acesso em: 02/12/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1000656-46.2014.8.26.0002.** Relator: Juiz Luiz Gustavo Esteves. Santo Amaro, SP, 10 de janeiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/juizes-divergem-em-decisoes-sobre-rolezinhos-5115.html/shopping-campo-limpo.pdf-5575.html/>>. Acesso em: 02/12/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** 5 ed. São Paulo Saraiva 2016

SAUTER, Molly. **The Coming Swarm: DDoS Actions, Hacktivism, and Civil Disobedience on the Internet.** London: Bloomsbury Publishing Inc, 2014. Disponível em: <<http://oddletters.com/files/2014/04/Sauter-The-Coming-Swarm-CC-Copy.pdf>>. Acesso em: 10/10/2016.

SHAYURI, Aline. **Inconstitucional: Em nota técnica, ADPF critica projeto do Marco Civil da Internet.** Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, 30 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia\\_portal.wsp?tmp.edt.materia\\_codigo=5305#.WEoCgtUrLDc](http://www.adpf.org.br/adpf/admin/painelcontrole/materia/materia_portal.wsp?tmp.edt.materia_codigo=5305#.WEoCgtUrLDc)>. Acesso em: 03/12/2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 294 p.

SLOBBE, J.; Verberkt, S.L.C. **Hacktivism: Cyberterrorists or Online Activists?: An Exploration of the Digital Right to Assembly.** Cornell University Library. 04 jul. 2012. Disponível em: <<https://arxiv.org/pdf/1208.4568.pdf>>. Acesso em: 01/10/2016

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 14. São Paulo Saraiva 2016 p. 488.



# TUTELA JURÍDICA DA PRIVACIDADE, ANONIMIZAÇÃO DE DADOS E ANONIMATO NA INTERNET

Diego Carvalho Machado<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A noção de anonimato se liga a uma série de questões jurídicas, perpassando pelo âmbito da investigação e repressão de crimes praticados por agentes de identidade não sabida até a esfera do biodireito, no que diz respeito à identificação de sujeitos de pesquisas científicas e doadores de sêmen para fim de reprodução assistida. Há, entretanto, abordagem que tem despertado grande interesse na atual sociedade da informação e do conhecimento, qual seja, a do anonimato na internet e os limites de sua proteção – se é que merece tutela – pelo ordenamento jurídico interno de países como Brasil e pelo direito internacional.

O presente trabalho se inclina tão somente ao anonimato *online*, os problemas que o orbitam e a possibilidade de sua proteção na esfera do Direito da Internet. Frise-se que nesse âmbito o anonimato “tem a ver com autonomia, nomeadamente a escolha individual de não divulgar o nome ao se comunicar por meio da Internet”<sup>2</sup>.

Como se trata de uma primeira aproximação ante a temática, almeja-se verificar nas linhas que se seguem se na contemporaneidade o anonimato nas redes digitais configura objeto de proteção jurídica.

## 2. O ANONIMATO ONLINE ENTRE WEB 1.0 E A SEMANTIC WEB: NAS PEGADAS DO USUÁRIO *NONYMOUS*

“Na Internet, ninguém sabe que você é um cachorro”. A conhecida frase do *cartoon* da autoria de Peter Steiner, publicado na edição de 05 de julho de 1993 da revista *The New Yorker*, reflete uma característica da rede mundial de computadores dos idos da década de 1990. A pouca informação que se obtinha na então *Web 1.0* a respeito do usuário promovia, de certa forma, o anonimato como regra, haja vista que “os protocolos Internet não exigem que você credencie quem é você antes de usar a Internet”<sup>3</sup> – na verdade, os dados identificativos do usuário podem ser requeridos contratualmente por provedores de conexão.

Tão significativas foram as mudanças ocorridas a partir da década seguinte que a assertiva de existir um anonimato *by default* nas redes digitais hoje se mostra de todo inverossímil, fantasiosa. Com o advento da *Web 2.0*, criou-se uma nova geração de serviços da rede, destacando-se entre eles o que possibilitou os usuários interagirem em *social networks* como geradores de conteúdo, seja por mensagens de texto ou voz, vídeos ou fotos, passíveis de compartilhamento com o público dos demais usuários do sistema, ou com suas conexões<sup>4</sup>. Facebook é uma das principais redes sociais *online*

1 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, professor adjunto, Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itaboraí – FUNCESI, diegocmachado@gmail.com.

2 WEBER, Rolf H.; HEINRICH, Ulrike I. *Anonymisation*. Londres-Heidelberg-Nova Iorque: Springer, 2012. p. 35-36.

3 LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2006. p. 35. Em direção semelhante com relação ao TCP/IP: TRUCCO, Lara. *Introduzione all'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 115.

4 Assim Alex Primo caracteriza a *Web 2.0*: “A *Web 2.0* é a segunda geração de serviços *online* e caracteriza-se por potencializar



– que atualmente conta com mais de 1,7 bilhão de usuários mensais ativos em todo globo<sup>5</sup> – e passou a adotar a partir de 2012 a chamada *real-name policy*, estabelecendo como pré-condição à elaboração de um perfil individual no site o uso da “identidade verdadeira”<sup>6</sup>; isto é, deve a pessoa empregar o prenome e sobrenome com os quais é identificada em sua vida cotidiana<sup>7</sup>.

Entre os motivos dos provedores de *social networking* para a aplicação de tal sistema poder-se-ia enumerar (i) o modelo de negócio praticado, que depende da obtenção de dados pessoais dos seus usuários para atrair possíveis clientes e estes contratarem certo serviço – notadamente com propósito publicitário – mediante remuneração<sup>8</sup>; e (ii) o desestímulo a comportamentos reputados ofensivos como o assédio *online* (*online harassment*), *cyberbullying* e discursos de ódio<sup>9</sup>. No caso do Facebook, a razão determinante da implementação da *real-name policy* está indubitavelmente atada ao seu modelo de negócio: antes de começar a exigir a “identidade autêntica” dos usuários em 2012, estimou-se que aproximadamente 83 milhões de perfis da popular *social network* eram falsos, o que levou suas ações a ter considerável queda no mercado de valores<sup>10</sup>. Mais: ao invés de coibir eficazmente condutas indesejadas e agressivas de assediadores – eis que, nos termos dos “Padrões da Comunidade” Facebook, “[q]uando as pessoas defendem suas opiniões e ações com seus nomes e reputação verdadeiros, nossa comunidade se torna mais responsável” –, o sistema parece de fato ensejá-las com relação a minorias e grupos vulneráveis<sup>11</sup>, tal como demonstra a campanha *#MyNameIs*<sup>12</sup> em resistência à política do “nome verdadeiro”.

A preocupação constante com a precisa identificação do usuário da Internet com vistas ao controle e repressão de comportamentos ilícitos e ofensivos, na verdade, é sentimento mais presente e conformador do discurso e atuação das autoridades de segurança pública competentes para a prevenção, investigação e repressão criminal, porquanto individuar o ofensor é pressuposto para sua responsabilização ou para desbaratar esquemas ou organizações delituosas.

Especialmente depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos da América (EUA), devido ao forte apelo então suscitado para a adoção de medidas aptas a promover maior segurança para a coletividade a despeito da cor-

---

as formas de publicação, compartilhamento e organização de informações, além de ampliar os espaços para a interação entre os participantes do processo. A Web 2.0 refere-se não apenas a uma combinação de técnicas informáticas [...] mas também a um determinado período tecnológico, a um conjunto de novas estratégias mercadológicas e a processos de comunicação mediados pelo computador” (PRIMO, Alex. O aspecto relacional das interações na Web 2.0. In: ANTOUN, Henrique (Org.). **Web 2.0: participação e vigilância na era da comunicação distribuída**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p. 101).

5 Dados obtidos do site *Statista*: v. STATISTA. **Number of monthly active Facebook users worldwide as of 2nd quarter 2016 (in millions)**. Disponível em: <<https://goo.gl/WlpPSW>>. Acesso em: 16/10/2016.

6 É o que consta da Política de nomes do *Facebook*, adotada para promover “segurança”, que está disponível em <[https://www.facebook.com/help/112146705538576?helpref=faq\\_content](https://www.facebook.com/help/112146705538576?helpref=faq_content)>.

7 Outra rede social *online* que se vale de semelhante política é o *Google+*, como se vê das orientações para a criação e alteração do nome do perfil do usuário disponível em <<https://goo.gl/BhBZaZ>>.

8 DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília: SDE/DPDC, 2010. p. 79-80. Também nesse sentido, v. FROOMKIN, A. Michael. *Lessons learned too well*. **Arizona Law Review**, v. 59, 2017 (no prelo).

9 NORTH, Anna. **The Double-Edged Sword of Online Anonymity**, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/qVXcun>>. Acesso em: 16/10/2016.

10 RUSHE, Dominic. **Facebook share price slumps below \$20 amid fake account slap**, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/vuj9XX>>. Acesso em: 26/10/2016.

11 DRAKE, Nadia. **Help, I'm trapped in Facebook's absurd pseudonym purgatory**, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/2nf5ql>>. Acesso em: 11/12/2016.

12 A campanha se originou de ações tomadas por ativistas ligados à comunidade de *drag queens* e LGBTQ, em protesto por não poderem utilizar seus pseudônimos na plataforma do *Facebook*. Atualmente a campanha tem milhares de adeptos e alcance mais amplo do que o original, como se vê por exemplo com a inclusão da iniciativa de mulheres vítimas de violência doméstica que não querem usar o nome verdadeiro na rede social com o propósito de evitar serem perseguidas por seus agressores.

respondente restrição a direitos e liberdades individuais, o rastreo da atividade *online* para a identificação de criminosos e de ameaças de organizações terroristas por órgãos estatais de inteligência se tornou prática considerada indispensável, de todo necessária ao combate à criminalidade que passou a fazer uso das tecnologias da comunicação e da informação como instrumento de seus atos ilícitos, desde o terrorismo internacional, passando pela lavagem de capitais, até a pedofilia e pornografia infantil. O *USA PATRIOT Act*<sup>13</sup> de 2001, assinado pelo presidente norte-americano George W. Bush, é a legislação que de modo mais nítido expressa o avanço estatal sobre as redes digitais com o propósito de vigiar as comunicações e comportamento *online* dos usuários, garantindo a autoridades policiais acesso a informações pessoais de cunho financeiro e bancário, conversas telefônicas e via e-mail, dispensada até mesmo prévia autorização judicial.

No pórtico do século XXI, se a desvalorização do anonimato já se fazia presente no setor privado com as políticas de privacidade e uso de dados dos provedores de serviços de internet da *Web 2.0*, na seara estatal essa inclinação se torna ainda mais acentuada. Forma-se uma tendência global dos governos de incentivar o uso de tecnologias de identificação, eis que acometidos pelo temor de não serem capazes de capturar alguém pela autoria de um ilícito<sup>14</sup>. Nesse período em que se opera, segundo Michael Froomkin, uma *segunda onda de regulação da Internet*, as autoridades estatais passaram a empreender uma série ataques contra o anonimato *online*, ora indireta ou sub-repticiamente, ora direta e escancaradamente.

As revelações feitas por Edward Snowden em 2013 trouxeram a lume a estrutura institucional e técnica que permitiu a ampla vigilância ocultamente feita pela *National Security Agency* (NSA) dos EUA e agências de inteligência parceiras de países como Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, sobre as comunicações eletrônicas privadas mantidas por bilhões de pessoas na rede mundial de computadores. Com programas de espionagem como o PRISM (*Planning Tool for Resource Integration, Synchronization, and Management*), iniciado em 2007, tais entidades governamentais coletaram enorme quantidade de dados (ou metadados) junto a intermediários provedores de serviços de internet – Google, Yahoo, Facebook e Microsoft, por exemplo – a respeito de norte-americanos bem como de pessoas não residentes em território ianque e suas interações comunicativas em ambiente digital de dispositivos interconectados<sup>15</sup>. Aproximadamente na mesma época, a referida agência estadunidense, com o fim de tornar mais facilitada e exitosa a interceptação das comunicações eletrônicas, protagonizou tentativa de debilitar o *standard* de técnicas de criptografia ao persuadir o *National Institute of Standards and Technology* (NIST) a usar um fraco número gerador randômico numa chave criptográfica padrão. “Então a NSA pagou \$ 10 milhões à RSA Security, uma das principais companhias da indústria de *softwares* de segurança, para fazer daquele fraco padrão a *default formula* no seu produto de encriptação Bsafe”, de modo que “[o]s números não-muito-randômicos tiveram o efeito de criar uma porta dos fundos permitindo à NSA, e possivelmente outros, decifrar mensagens criptografadas com o Bsafe”<sup>16</sup>.

Já recentemente, a *Electronic Frontier Foundation* divulgou informações obtidas

---

13 O diploma legislativo é denominado *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, e passou por uma série de reformas, notadamente durante o governo Barack Obama nos anos de 2011 e 2015.

14 FROOMKIN, A. Michael. From anonymity to identification. *Journal of Self-Regulation and Regulation*, Heidelberg, v. 1, p. 124, 2015.

15 LEE, Timothy B. *Here's everything we know about PRISM to date*, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/gDmUuh>>. Acesso em: 13/12/2016.

16 FROOMKIN, A. Michael. Lessons learned too well. *Arizona Law Review*, v. 59, 2017 (no prelo), p. 27.

judicialmente a respeito de outro programa secreto de vigilância instalado nos EUA chamado *Hemisphere*, “que a AT&T opera em nome de autoridades policiais federais, estaduais e locais, [e] contém trilhões de registros de ligações telefônicas domésticas e internacionais datando de até 1987”<sup>17</sup>. Além disso, outro empreendimento de duvidosa constitucionalidade também noticiado em 2016 foi o que envolveu a Yahoo, que no ano de 2015 aperfeiçoou, em cumprimento a ordem judicial secreta proferida pela *Foreign Intelligence Surveillance Court*, um *software* para monitorar todos os *e-mails* recebidos por mais de centenas de milhões de titulares de contas do *Yahoo Mail* para fazer buscas por mensagens contendo determinada “assinatura digital” usada por uma organização terrorista, disponibilizando os dados desse sistemático *scanning* à NSA e ao FBI<sup>18</sup>.

Entre as ofensivas diretamente direcionadas ao anonimato na internet, por sua vez, algumas das ações dos Estados, insatisfeitos com a possibilidade de não identificarem possíveis infratores ou rastrear suas atividades *online*, consistiram em<sup>19</sup>: (i) disciplinar normativamente certas matérias de sorte a criar uma *chokepoint regulation* (“regulação de ponto de estrangulamento” ou “regulação de gargalo”) – haja vista a dificuldade de regradar e policiar eficazmente o comportamento dos usuários da rede, mais oportuna se mostrou a regulação da atividade dos intermediários (provedores de serviços de internet, operadoras de cartão de crédito, registradores de *domain name*, desenvolvedores de *hardware* e *software*), menos numerosos e de cujos serviços os usuários finais dependem; (ii) exigir que os próprios usuários se identifiquem ou que agentes intermediários o façam; e (iii) previsão legal da retenção de dados pessoais de maneira que os provedores de serviços de internet armazenem informações – por exemplo, registros de conexão do usuário(-consumidor) – com o objetivo de auxiliar as autoridades em investigações de atos ofensivos praticados *online*.

Importante notar que em resposta à nova escalada terrorista vivenciada entre 2015 e 2016, nos EUA com o ataque de San Bernadino, na França com os genocídios perpetrados em Paris e na Bélgica com os ataques-bomba em Bruxelas, surgiram outrossim novas iniciativas que vão de encontro ao anonimato na rede.

Por emenda da Suprema Corte norte-americana ao *Federal Rules of Criminal Procedure*, foi alterado o regramento sobre *search and seizure* previsto na *Rule 41*, de forma a ampliar o alcance do *warrant* a ser judicialmente concedido ao FBI para investigar remotamente computadores situados fora da circunscrição do órgão jurisdicional prolator da decisão, inclusive aqueles dispositivos cuja localização é mascarada pelo uso de ferramentas como *Tor* e *VPN*<sup>20</sup>, instrumentos forjados para assegurar privacidade e confidencialidade da navegação e comunicação dos usuários na internet. Na França, a seu turno, surgiram vozes nos órgãos policiais defendendo, já num tom mais drástico, a proibição do uso do programa *Tor*<sup>21</sup>.

---

17 MAASS, Dave; MACKEY, Aaron. **Law Enforcement’s Secret “Super Search Engine” Amasses Trillions of Phone Records for Decades**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/3aQl54>>. Acesso em: 13/12/2016. Afirma-se sobre o dito programa: “Indeed, Hemisphere was designed to be extremely secret, with police instructed to do everything possible to make sure the program never appeared in the public record. After using Hemisphere to obtain private information about someone, police usually cover up their use of Hemisphere by later obtaining targeted data about suspects from phone providers through traditional subpoenas, a process the police call ‘parallel construction’ and that EFF calls ‘evidence laundering’”.

18 Vide SAVAGE, Charlie; PERLROTH, Nicole. **Yahoo said to have aided to U. S. email surveillance by adapting spam filter**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/MJVnnP>>. Acesso em: 14/12/2016; WOOLF, Nicky. **Yahoo ‘secretly monitored emails on behalf of the US government’**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/skwQc5>>. Acesso em: 14/12/2016.

19 Nesse sentido: FROOMKIN, A. Michael. *Lessons learned too well*. Op.cit., p. 29.

20 PRABHU, Vijay. **Tor and VPN users will be target of government hacks under new spying rule**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/t6oe4h>>. Acesso em: 16/10/2016.

21 COX, Joseph. **After Paris attacks, french cops want to block Tor and forbid free wi-fi**, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/>>

Outra medida merecedora de destaque é a aprovação no Reino Unido, após aceso debate, da *Investigatory Powers Bill*, alcunhada de *Snooper's Charter* por seus opositores. A legislação votada no Parlamento britânico, e que produzirá efeitos a partir de 2017, amplia consideravelmente os poderes investigatórios das autoridades de segurança, revestindo de licitude, por exemplo, a invasão a computadores, redes, dispositivos móveis, servidores etc., judicialmente autorizadas para a interceptação de comunicações e obtenção de dados de equipamentos ("*targeted interference equipment warrant*"). Além disso, pessoas residentes fora do Reino Unido, em localidade em que há suspeita de atividade terrorista, por exemplo, poderão ter seus computadores alvo de invasões em grande escala, existindo aí risco de coleta de dados de pessoas indeterminadas, mesmo inocentes. Em contrapartida, estabelece-se no texto legal que a figura do *Investigatory Powers Commissioner* e outras autoridades judiciais terão competência para conceder os necessários *warrants*, bem como resolver questões outras a respeito dos novos poderes investigatórios conferidos a aproximadamente 48 órgãos governamentais. Conquanto haja quem celebre a "transparência e substancial proteção à privacidade"<sup>22</sup> presente na legislação, o *Special Rapporteur* da ONU Joseph A. Cannataci assevera em seu relatório que as regras da lei "são contrárias aos mais recentes julgamentos do Tribunal de Justiça Europeu e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e minam o espírito do próprio direito à privacidade"<sup>23</sup>.

Muito embora já numerosas as ameaças que sofre o anonimato na internet em decorrência das investidas acima pontuadas, outras existem.

Uma relevante dimensão do anonimato é exprimida pela noção de dados anônimos<sup>24</sup>, é dizer, por informações submetidas a procedimentos técnicos de anonimização de dados pessoais, tais como a "aleatorização" (*randomization*) e a "generalização" (*generalization*). Com o emprego da anonimização de dados<sup>25</sup> intenta-se, grosso modo, permanentemente desvincular da pessoa do seu respectivo titular as informações identificativas contidas em bases de dados, sejam estas mantidas por fornecedores do mercado de consumo, entidades estatais ou até mesmo por sujeitos que desenvolvem atividade de pesquisa científica. Fundamenta-se decerto na proteção à privacidade da pessoa ou grupo de pessoas cujos dados – objeto dessa posterior modalidade de tratamento – são convertidos em dados anônimos ou anonimizados.

A crença na idoneidade da anonimização, inclusive com o advento da internet e o crescente aumento do poder de processamento dos computadores, se espria por diversos ordenamentos jurídicos, de sorte a tornar-se parte integrante de leis de proteção da privacidade e de dados pessoais mundo afora<sup>26</sup>. Nesse sentido, afirma Paul Ohm que

---

[EKrQxH](#)>. Acesso em: 16/10/2016.

22 São as palavras da secretária Amber Rudd (BURGUESS, Matt. **It's official, the Snooper's Charter is becoming law: how the IP Bill will affect you**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/tHdBwO>>. Acesso em: 15/12/2016).

23 HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci**, 2016, p. 14. Disponível em: <<https://goo.gl/elOvzI>>. Acesso em: 02/12/2016.

24 Nessa linha de raciocínio segue Giusella Finocchiaro em lição que parte de perspectiva eminentemente jurídica: FINOCCHIARO, Giusella. Anonimato. In: **Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile**. Aggiornamento. Torino: UTET, 2010. p. 13.

25 Paul Ohm conceitua *anonimização* de forma ampla como "um processo pelo qual informação em base de dados é manipulada para dificultar a identificação de titulares de dados [*"data subjects"*]" (OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. **UCLA Law Review**, n. 57, p. 1707, 2010).

26 Na Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, lê-se o seguinte no considerando n° 26: "Considerando que os princípios da protecção devem aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável; que, para determinar se uma pessoa é identificável, importa considerar o conjunto dos meios susceptíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por qualquer outra pessoa, para identificar a referida pessoa; *que os princípios da protecção não se aplicam a dados tornados anónimos de modo tal que a pessoa já não possa ser identificável*; [...]" (grifou-se). Nos EUA a anonimização de



dita confiança gerada em técnicos e legisladores deu causa à denominada *suposição da anonimização robusta*<sup>27</sup> (*robust anonymisation assumption*): com operações simples respeitar-se-ia a privacidade ao mesmo tempo em que seria reservada considerável *utilidade* das informações ao sujeito responsável pela base de dados.

Entretanto, um caso mostra que a solidez da mencionada suposição resta comprometida.

Em 02 de outubro de 2006, a principal provedora de serviço de TV por internet do mundo – a Netflix – lançou o *Netflix Prize*, um concurso com prêmio de um milhão de dólares ao(s) vencedor(es), criado com o propósito de aperfeiçoar o algoritmo utilizado em seu sistema de recomendação de filmes designado *Cinematch*. Para a realização do certame a provedora de aplicação de internet disponibilizou ao público uma base de dados contendo mais de cem milhões de avaliações feitas por 480.189 consumidores do seu serviço entre dezembro de 1999 e dezembro de 2005, havendo procedido a anonimização dessas informações, em conformidade com a sua política de privacidade, com a remoção de todos dados identificativos (e. g., os *usernames*) e a introdução de ruídos<sup>28</sup>. Em cada registro, além do número atribuído a cada usuário-avaliador, continha o filme avaliado, a pontuação atribuída e a data da avaliação. A partir desses dados os participantes que elaborassem um algoritmo 10% superior ao então existente nos níveis de exatidão da previsão/recomendação, seriam contemplados com o prêmio em dinheiro.

Aproveitando a ocasião, os pesquisadores da *University of Texas A. Narayanan* e *V. Shmatikov* utilizaram essa base de dados para verificar a fiabilidade da técnica empreendida contra a desanonimização ou reidentificação das informações publicadas. Resultado do estudo: com oito avaliações de filmes – das quais permitiu-se que duas fossem completamente erradas – e datas – com erro de até três dias, 96% dos consumidores da Netflix cujos registros foram lançados no conjunto de dados puderam ser identificados de forma exclusiva; para 64% dos clientes o conhecimento de apenas duas das avaliações e datas foi suficiente para a desanonimização total<sup>29</sup>. Além disso, se os filmes em questão não estiverem entre os cem melhores classificados, então mesmo com um erro de catorze dias nas datas, o conhecimento aproximado de oito classificações (duas das quais estão erradas) reidentifica inteiramente 80% dos consumidores na base de dados<sup>30</sup>.

Para a obtenção desse resultado, grande importância tiveram os dados auxiliares, os quais foram apanhados pelos pesquisadores numa base de dados semelhante à fornecida pela Netflix. Com uma amostra de registros de avaliações de filmes feitas publicamente por usuários do *Internet Movie Database* (IMDb) foi possível ligar os dois conjuntos de dados e identificar consumidores, quebrando o anonimato das informações divulgadas<sup>31</sup>.

---

dados pessoais assume relevo no *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA).

27 OHM, Paul. Op. cit., p. 1706.

28 É o que se vê na resposta ao questionamento “Há alguma informação de cliente na base de dados que deveria ser mantida privada?”, encontrada na página web do *Netflix Prize* sobre perguntas frequentes: “No, all customer identifying information has been removed; all that remains are ratings and dates. This follows our privacy policy, which you can review here [hyperlink]. Even if, for example, you knew all your own ratings and their dates you probably couldn’t identify them reliably in the data because only a small sample was included (less than one-tenth of our complete dataset) and that data was subject to perturbation. Of course, since you know all your own ratings that really isn’t a privacy problem is it?” (NETFLIX. *Netflix Prize – Frequently Asked Questions*, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/SW0lkf>>. Acesso em 20.12.2016).

29 NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. *How to break anonymity of the Netflix Prize dataset*, 2007, p. 3. Disponível em: <<https://goo.gl/RxggOU>>. Acesso em: 20/12/2016.

30 Ibidem.

31 Mediante a formulação de um algoritmo foi demonstrada a correção da desanonimização afirmada pelos cientistas, que assim



Com lastro no citado estudo, bem como em prestigiada pesquisa da Dr<sup>a</sup>. Latanya Sweeney<sup>32</sup>, argumenta-se que devido à atual capacidade computacional e os copiosos bancos de dados digitalizados e interconectados em rede – formadores de verdadeiros dossiês digitais sobre as pessoas<sup>33</sup>, o estado da arte da ciência da computação colocou em cheque a “suposição da anonimização robusta” e abriu portas para a uma *fácil reidentificação* (*easy reidentification*)<sup>34</sup>.

Um último apontamento a respeito da conjuntura de confronto ao anonimato *online* cumpre ainda ser feito, especialmente com vistas ao futuro da internet ora em construção, a saber, a *Web 3.0* ou *Semantic Web*.

Em linhas gerais, pode-se dizer que cientistas da computação, especialistas em inteligência artificial, *start-ups* em crescimento e companhias como IBM e Google pretendem desenvolver a arquitetura da internet para que ações que hoje seres humanos tomam na rede sejam realizadas por computadores. A compor essa nova arquitetura baseada em “computação autônômica” (*autonomic computing*)<sup>35</sup>, surgem as tecnologias da *Internet of Things* e da *Ambient Intelligence*. A primeira vê um mundo de objetos físicos perfeitamente integrados em redes informáticas e participantes ativos nos processos empresariais, em que fornecedores podem interagir com esses “objetos inteligentes” através de redes digitais, consultar tanto o seu estado como qualquer informação a eles associada<sup>36</sup>. Esse diálogo de coisas interconectadas e cujos sensores as habilitam a “absorver” dados do ambiente (e das pessoas que nele estiverem) é base para a *Ambient Intelligence*, a qual concebe ambientes interligados em rede que monitoram seus usuários e adaptam seus serviços em tempo real, aprendendo permanentemente a antecipar as preferências e desejos dos usuários para se adequar a eles<sup>37</sup>. Resumindo: a configuração do homem com a tecnologia deixa de ser a de *uso* e se torna de *imersão*<sup>38</sup>.

No novo paradigma tecnológico, o ser humano deixa de ser o “consumidor” de informações, quem as utiliza, passando a ser os programas de computador, a partir do grande volume de informações depositadas na internet, os “consumidores de conhecimento”<sup>39</sup>; conhecimento este que, para a criação da *Ambient Intelligence*, depende inteiramente das técnicas de *profiling* automatizado: mediante processo de mineração

---

sintetizaram a descoberta: “Let us summarize what our algorithm achieves. Given a user’s public IMDb ratings, which the user posted voluntarily to selectively reveal some of his (or her; but we’ll use the male pronoun without loss of generality) movie likes and dislikes, we discover all the ratings that he entered privately into the Netflix system, presumably expecting that they will remain private” (Idem, p. 13).

32 Ver SWEENEY, Latanya. Simple Demographics Often Identify People Uniquely. **Carnegie Mellon University**, Data Privacy Working Paper 3, Pittsburgh, 2000. Com dados de censo demográfico de 1990, concluiu a autora que a combinação do *ZIP code*, data de nascimento e sexo permite identificar-se 87% dos norte-americanos.

33 Ver SOLOVE, Daniel J. **The digital person: technology and privacy in the information age**. Nova Iorque-Londres: New York University, 2004. p. 35-55.

34 Cf. OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. **UCLA Law Review**, n. 57, p. 1716, 2010.

35 Lançada em 2001 pela IBM para se transformar num novo paradigma da computação, a *autonomic computing* se baseia na metáfora orgânica do sistema nervoso, que coordena e regula as atividades do corpo humano. O cerne da *autonomic computing* é a construção de um sistema computacional com *autoconsciência*: “What autonomic computing adds is the idea of the systems’ self-awareness in the sense of being able to operate at various levels, with higher levels capable of monitoring the performance of lower levels and intervening to repair or reconfigure elements of the system to make the whole system ever more robust. *Self-awareness*, then, may be the novel paradigm for smart technologies” (HILDEBRANDT, Mireille. Introduction: a multifocal view of human agency in the era of autonomic computing. In: HILDEBRANDT, Mireille; ROUVROY, Antoinette (Orgs.). **Law, human agency and autonomic computing**. Nova Iorque: Routledge, 2011. p. 5)

36 WEBER, Rolf H.; WEBER, Romana. **Internet of Things: legal perspectives**. Berlim: Springer, 2010. p. 1.

37 HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge?. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge. **Profiling the european citizen: cross-disciplinary perspectives**. [S.l.]: Springer Netherlands, 2008. p. 23.

38 VERBEEK, Peter-Paul. Subject to technology: on autonomic computing and human autonomy. In: HILDEBRANDT, Mireille; ROUVROY, Antoinette (Orgs.). **Law, human agency and autonomic computing**. Nova Iorque: Routledge, 2011. p. 28.

39 WALTON, Christopher. **Agency and the Semantic Web**. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 8.

de dados (*data mining*) – em que algoritmos estabelecem correlações e padrões entre as informações mineradas – um tipo de conhecimento preditivo é gerado, baseado em comportamentos anteriores<sup>40</sup>. Aqui se faz presente a possibilidade de standardização e classificação da pessoa humana e contração de sua autonomia, já que suas informações comportamentais processadas por tecnologias ubíquas desencadeiam automáticas inferências do que seriam suas intenções e vontades<sup>41</sup>.

Frente ao excuro feito, é de se constatar que o cenário atual e futuro se mostra, a princípio, adverso ao anonimato na internet, inclinando-se ao ocaso do usuário *anonymous* e ascensão daquele *nonymous*, haja vista a voracidade do mercado e dos provedores de serviço de internet pela recolha de informações de natureza pessoal; o interesse estatal de prevenção, investigação e repressão de crimes e atos ofensivos que parece ter supremacia sobre liberdades fundamentais; a desconfiança do poder de efetiva anonimização das técnicas existentes; e o surgimento de um modelo tecnológico em que a pessoa humana se vê imersa em ambientes inteligentes constituídos de objetos interligados em redes digitais com a função de haurir informações pessoais para oferecer serviços individualizados de acordo com o perfil comportamental.

O item seguinte visa assinalar, porém, alguns pontos de resistência.

### 3. MANIFESTAÇÕES DE TUTELA DO ANONIMATO NA INTERNET E MODELOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO

Não obstante esse estado de coisas descrito, em que claramente o anonimato nas redes digitais perde espaço, no horizonte internacional e especialmente no campo jurídico despontam, entre textos normativos, decisões de tribunais, iniciativas e documentos, uma série de manifestações direcionadas a proteger e promover a ação anônima *online*. Os motivos que lhes dão alicerce se ligam a sensíveis temas como liberdade de expressão, privacidade e, por conseguinte, democracia.

Vai se formando o entendimento de que o discurso ou atos praticados por meio da internet por sujeito que deliberadamente não quer se identificar, ou não ser rastreado em sua navegação, pode ser capital para o exercício de direitos e liberdades fundamentais. Em diversos casos a recusa de fornecer dados identificativos, bem como o uso de instrumentos para embaraçar o rastreamento do endereço IP e o recurso da anonimização de dados pessoais coletados, são meios para a pessoa humana ter controle sobre as próprias informações e evitar pressões conformistas e discriminação social e política na interconectada sociedade da informação e do conhecimento – aliás, tanto em países de regime democrático como naqueles não democráticos<sup>42</sup>.

Em 2010 a Suprema Corte de Israel proferiu uma das primeiras decisões cuidando de amparar judicialmente o discurso anônimo nas redes digitais. No caso RCA 4447/07 *Rami Mor v. Barak*, o tribunal, por maioria, não deu provimento ao pleito do demandante, restringindo o desmarcamento, isto é, o procedimento de identificação de um réu

---

40 HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge?. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge. **Profiling the european citizen: cross-disciplinary perspectives**. [S.l.]: Springer Netherlands, 2008. p. 18.

41 Como se idealiza, por exemplo, para as *smart homes*: “In terms of the smart home, ambient intelligent devices quietly pay attention to the actions of end users in certain environments—learning what people do, how they respond, and their interests — to make intuitive and data-based guesses regarding what users want and which action to perform” (DOYLE, Kerry. **Ambient Intelligence: coming to a smart home near you**, 2015. Disponível em <<https://goo.gl/x4zdEm>>. Acesso em 30.07.2016).

42 Cf. CUNIBERTI, Marco. Democrazie, dissenso politico e tutela dell’anonimato. **Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica**, Roma, ano 30, n. 2, p. 112-113, 2014;

anônimo (*John Doe*) através da revelação de seu endereço IP por provedor de conexão devido a suposta difamação decorrente de comentários feitos em *blog*, ao argumento de que o anonimato na internet consiste em direito constitucional derivado do direito à privacidade e da liberdade de expressão. Tutelar o anonimato na rede dentro de certos limites deve ser considerado um dos pilares da “cultura *online*”, um instrumento de proteção da privacidade e liberdades fundamentais contra a crescente vigilância digital. É o que se lê no voto condutor:

Alongside online platforms which provide user anonymity, the Internet may negate the anonymity of those whose personal data are stored in its massive database. In the past, there was no public access to personal and sensitive data and actions taken within the confines of one’s home remained far from the public eye; now the Internet provides direct and indirect access into the very heart and mind of users. The shattering ‘illusion of privacy’ online, a reality where the sense of user privacy is a myth, raises the disturbing specter of ‘big brother.’ This invasion of privacy must be minimized. The shelter of online anonymity must be preserved within reasonable bounds as a basis for online culture. To a great extent, anonymity makes the Internet what it is today; without it there would be no liberty in the virtual world. As the prospect of digital surveillance increases, users’ behavior will radically change.<sup>43</sup>

Um afamado embate entre Facebook e o *Unabhaengiges Landeszentrum fuer Datenschutz – ULD (Office of Data Protection Commissioner)* do land Schleswig-Holstein na Alemanha foi travado no ano de 2012 em razão da *real-name policy* adotada pelo provedor de *socialnetworking*. Como visto anteriormente, tal política requer do usuário o emprego de sua “identidade verdadeira” para ter um perfil público na rede social, de sorte que a partir de sua implementação vários usuários que escolheram se valer de pseudônimo para interagir na plataforma do Facebook tiveram suas contas bloqueadas.

Ocorre, todavia, que no direito positivo alemão há indubitosa esteio legal para a utilização de pseudônimos e também à opção pelo anonimato no bojo dos serviços oferecidos por provedores de internet. A lei alemã que regula os serviços telemáticos (*Telemediengesetz*), de 26 de fevereiro de 2007, no § 13, 6, estabelece que os provedores devem permitir que os usuários gozem do *uso anônimo* ou por pseudonímia dos serviços telemáticos, na medida em que isso seja factível e razoável<sup>44</sup>. Perceba-se que a regra não se coaduna com um direito de anonimato do usuário em relação ao provedor de serviço de internet, pois “não há direito a uma relação contratual anônima ou por pseudonímia”<sup>45</sup>.

Com base no mencionado dispositivo de lei, lido em conjunto com a lei geral de proteção de dados pessoais daquele país (*Bundesdatenschutzgesetz*), a autoridade de proteção de dados pessoais de Schleswig-Holstein, apresentada por Thilo Weichert, certa de que o Facebook estaria a violar o ordenamento jurídico alemão com sua *real-name policy*, notificou Facebook Ireland Ltda. e Facebook Inc. para permitir o uso de pseudônimos na rede social. Entre as justificativas da medida indicou-se (i) que o compulsório uso do “nome real” não previne o mau uso do serviço por causa de atos ofensivos e insultos, nem ajuda a coibir o furto de identidade; e (ii) que para a garantia dos direitos da pessoa e observância do direito de proteção de dados em geral, a exigência do “nome real” deve

43 HUNTON & WILLIAMS. **Landmark Israeli Supreme Court Case: Online Anonymity Is a Constitutional Right**, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/hp6fRT>>. Acesso em: 20/12/2016. A decisão judicial no original hebraico pode ser encontrada em <<https://goo.gl/GZvvlg>>.

44 “The service provider must allow the anonymous or pseudonymous use of telemedia services and their payment, insofar as this is technically feasible and reasonable. The user must be informed about this possibility”.

45 SCHMITZ, Sandra. Facebook’s real name policy: bye-bye, Max Mustermann?. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, v. 4, n. 3, p. 193, 2013.

ser imediatamente abandonada pelo Facebook<sup>46</sup>.

A determinação administrativa foi de pronto contestada e não implementada pela provedora de *social networking*. Após acionado o Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*), ratificou-se a suspensão dos efeitos da medida do ULD, e decidiu-se que, à luz do direito internacional privado, o direito alemão não era aplicável ao caso, mas sim as normas jurídicas da Irlanda.

De outro lado, em território sul-coreano, no mesmo ano houve uma paradigmática decisão de sua Corte Constitucional que reputou inconstitucional a imposição legal, em vigor desde 2007, da *real-name policy* (ou *real-name registration system*) aos sítios eletrônicos cujas plataformas possuíam mais de cem mil visitantes por dia, possibilitados de postar textos e comentários. A lei em questão tinha por objetivo reduzir as ocorrências de difamação e assédio *online*, ensejada principalmente por controversos casos envolvendo políticos e celebridades que então supostamente haviam sido vítimas de tais condutas ofensivas<sup>47</sup>.

Nas razões da unânime decisão da corte, afirmou-se que “o sistema [do nome ou identidade real] não parece ter sido benéfico ao público. Apesar da efetivação do sistema, o número de postagens *online* ilegais ou maliciosas não reduziu”<sup>48</sup>. Haveriam outras formas de combater o problema, como a responsabilização civil e penal, por exemplo.

A liberdade de expressão e comunicação foi central na argumentação do aresto do tribunal: “expressões debaixo do anonimato ou pseudonímia permitem (às pessoas) dar voz a críticas à opinião da maioria sem ceder a pressões externas. Embora existam efeitos colaterais ao anonimato *online*, este deveria ser fortemente protegido por seu valor constitucional”<sup>49</sup>.

Saliente-se que a *Internet Rights and Principles Dynamic Coalition* – IRPC, ligada ao Fórum de Governança da Internet das Nações Unidas, em seu trabalho de pensar os direitos humanos existentes e adaptá-los ao ambiente digital, enuncia em sua *Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet* o “direito ao anonimato”, com lastro na proteção da privacidade.

Na mesma direção pode se colocar a proposta legislativa em tramitação na Itália, fruto do trabalho da *Commissione per i Diritti e i Doveri in Internet* – sob influência do Marco Civil da Internet brasileiro. O texto do art. 10 da *Dichiarazione dei Diritti in Internet*<sup>50</sup> prevê a proteção ao anonimato *online* como modo de concretização de liberdades civis e políticas bem como do princípio da não discriminação. Aliás, há aqui perfeita harmonia entre esta iniciativa e o recente relatório do *Special Rapporteur* da ONU David Kaye, que defende que o anonimato na internet – bem como a criptografia – “proporciona a

---

46 Idem., p. 193.

47 TAGLIOLI, Dan. **South Korea high court overturns real name requirement for posting online**. Disponível em: <<https://goo.gl/6UnAkS>>. Acesso em: 26/10/2016.

48 Tradução livre de: “The system does not seem to have been beneficial to the public. Despite the enforcement of the system, the number of illegal or malicious postings online has not decreased” (SUH-YOUNG, Yun. **Online real name system unconstitutional**. Disponível em: <<https://goo.gl/xP1ltn>>. Acesso em: 25/10/2016).

49 BBC News. **South Korea's real-name net law is rejected by court**. Disponível em: <<https://goo.gl/MuNbH>>. Acesso em: 23/12/2016.

50 “Art. 10. (Protezione dell’anonimato). 1. Ogni persona può accedere alla rete e comunicare elettronicamente usando strumenti anche di natura tecnica che proteggano l’anonimato ed evitino la raccolta di dati personali, in particolare per esercitare le libertà civili e politiche senza subire discriminazioni o censure. 2. Limitazioni possono essere previste solo quando siano giustificate dall’esigenza di tutelare rilevanti interessi pubblici e risultino necessarie, proporzionate, fondate sulla legge e nel rispetto dei caratteri propri di una società democratica”. 3. Nei casi di violazione della dignità e dei diritti fondamentali, nonché negli altri casi previsti dalla legge, l’autorità giudiziaria, con provvedimento motivato, può disporre l’identificazione dell’autore della comunicazione.



indivíduos e grupos uma zona de privacidade *online* para sustentar opiniões e exercer liberdade de expressão sem interferências ou ataques arbitrários ou ilegais”<sup>51</sup>. Nos dizeres do relator:

Encryption and anonymity, today's leading vehicles for online security, provide individuals with a means to protect their privacy, empowering them to browse, read, develop and share opinions and information without interference and enabling journalists, civil society organizations, members of ethnic or religious groups, those persecuted because of their sexual orientation or gender identity, activists, scholars, artists and others to exercise the rights to freedom of opinion and expression.<sup>52</sup>

No tocante à manifestação do anonimato nas redes digitais sob as vestes da anonimização de dados pessoais, o Grupo de Trabalho do Artigo 29, órgão consultivo integrante da estrutura organizacional da União Europeia voltada à proteção de dados pessoais, emitiu o Parecer nº 05/2014, em 10 de abril de 2014, endossando a anonimização e as variadas técnicas como uma estratégia válida para a aquisição de benefícios com a reutilização de dados e do *open data*, ao mesmo tempo em que minimizando os riscos aos direitos e liberdades da pessoa humana. Para a confecção do documento foram levadas em conta as críticas dos recentes estudos na área da ciência da computação quanto à credibilidade de ditas técnicas.

Na análise feita pelo Grupo de Trabalho sobre a anonimização de dados no contexto do direito da União Europeia foram destacadas quatro características fundamentais: i) a anonimização pode ser um resultado do tratamento de dados pessoais com a finalidade de impedir de forma irreversível a identificação do titular dos dados; ii) várias são as técnicas de anonimização que podem ser utilizadas, visto que não há prescrição na legislação europeia de técnica específica; iii) os elementos contextuais são muito importantes, ou seja, na avaliação deve ser tomado o conjunto “dos meios «suscetíveis de serem razoavelmente» utilizados para identificação pelo responsável pelo tratamento e por terceiros”, de acordo com o estado da técnica; e iv) à anonimização é inerente a existência de um fator de risco<sup>53</sup>.

A função da anonimização deixa de ser determinada pela lógica do tudo ou nada. Não é tão somente em razão da aplicação de uma técnica de anonimização que, por exemplo, elimina os identificadores pessoais diretos encontrados na base de dados, que para o responsável haverá dispensa do adimplemento das normas de proteção de dados pessoais. Em caso de potencial identificabilidade do titular dos dados ou mesmo a existência de um inaceitável risco de sua identificabilidade, será imperativo o cumprimento dos princípios e regras do direito proteção dos dados pessoais pelo ente responsável<sup>54</sup>.

Perante todas essas expressões de merecimento de tutela jurídica do anonimato

---

51 HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, David Kaye, 2016, p. 7. Disponível em: <<https://goo.gl/UXmKs>>. Acesso em: 02/12/2016.

52 Idem p. 3.

53 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 5/2014 on Anonymisation techniques**. Bruxelas: [s. n.], 2014, p. 6-7. Disponível em: <<https://goo.gl/0FQC8c>>. Acesso em 24/10/2016.

54 Nesta esteira se posiciona o Grupo de Trabalho no parecer emitido: “É importante esclarecer que se entende por «identificação» não só a possibilidade de obter o nome e/ou morada da pessoa, mas também a identificabilidade potencial por meio de individuação, ligação e inferência. Além disso, para que a legislação relativa à proteção de dados seja aplicável, são indiferentes as intenções do responsável pelo tratamento dos dados ou do destinatário. Desde que os dados sejam identificáveis, aplicam-se as regras de proteção de dados” (Id., *ibid.*, p. 10-11). Na mesma direção, ver ESAYAS, Samson Yoseph. The role of anonymisation and pseudonymisation under the EU data privacy rules: beyond the ‘all or nothing’ approach. **European Journal of Law and Technology**, v. 6, n. 2, p. 5-8, 2015.



to na internet, pertinente se faz a investigação de Giorgio Resta sob o ângulo comparatista. Em estudo de fôlego, o professor da Universidade de Roma aponta a existência de dois modelos de tutela jurídica do anonimato *online*: um primeiro que se baseia no reconhecimento da licitude do anonimato e do fato de que está de acordo com a “natureza da rede e aos seus caracteres intrinsecamente democráticos [...] incentivar uma troca tanto mais autônoma, livre e descentralizada de ideias e informações”<sup>55</sup>, de modo a deitar raízes na liberdade de expressão a fim de proteger a pessoa contra os riscos de intimidação e estigmatização próprias do mundo de carne e osso; já o segundo modelo se arrima no direito à proteção dos dados pessoais, cuja normativa contempla o anonimato como critério de delimitação do âmbito de sua disciplina, eis que não incide sobre dados anônimos, e como norma geral que se aplica à atividade de tratamento de dados, reduzindo-se ao mínimo necessário às operações com informações pessoais (princípio da necessidade)<sup>56</sup>.

Como modelos que são, tratam-se de tipos ideais, é dizer, na experiência jurídica de um dado país ambos modelos podem se fazer em alguma medida presentes. Entretanto, impende tecer um comentário sobre o tema.

Esses modelos são insuficientes. Na rede de computadores que vai se formando entremeada de objetos integrantes de ambientes inteligentes, em que *software agents* se tornam os consumidores de conhecimento – parte do qual será construído a partir de *profiling* automatizado regido por complexos algoritmos –, a proteção do anonimato *online* precisa ser repensada, até porque essa é a atitude que sempre há de ser tomada quando se estiver diante de uma mudança no paradigma tecnológico. Com as novas tecnologias aparecem novos problemas, aos quais, normalmente, novas respostas devem ser formuladas.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito das profundas alterações da configuração da internet desde sua origem, com o progressivo avanço tanto do setor público quanto do privado no sentido de restringir a possibilidade do anonimato *online*, pode-se concluir que as numerosas manifestações que de tutela jurídica do anonimato na rede se ligam a razões de estatutura constitucional. O direito à privacidade e proteção dos dados pessoais, como instrumentos de promoção de liberdades fundamentais, justificam a proteção do anonimato e das técnicas que o viabilizam na rede mundial de computadores pelo sistema jurídico internacional ou pelos ordenamentos jurídicos democráticos.

## 5. REFERÊNCIAS

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 5/2014 on Anonymisation techniques**. Bruxelas: [s. n.], 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/0FQC8c>>. Acesso em 24/10/2016.

BBC News. **South Korea’s real-name net law is rejected by court**. Disponível em: <<https://goo.gl/MuNbH>>. Acesso em: 23/12/2016.

BURGUESS, Matt. **It’s official, the Snooper’s Charter is becoming law**: how the IP Bill

---

55 RESTA, Giorgio. Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato. *Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, Roma, ano 30, n. 2, p. 173, 2014.

56 *Idem.*, p. 178-179.

will affect you, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/tHdBwO>>. Acesso em: 15/12/2016.

CLARK, Jeremy; GAUVIN, Philippe; ADAMS, Carlisle. Exit node repudiation for anonymity networks. In: KERR, Ian; STEEVES, Valerie; LUCOCK, Carole (Orgs.). **Lessons from the identity trail: anonymity, privacy and identity in a networked society**. p. 399-416.

COX, Joseph. **After Paris attacks, french cops want to block Tor and forbid free wi-fi**, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/EKrQxH>>. Acesso em: 16/10/2016.

CUNIBERTI, Marco. Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato. **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**, Roma, ano 30, n. 2, p. 111-137, 2014.

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

\_\_\_\_\_. **A proteção dos dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

DRAKE, Nadia. **Help, I'm trapped in Facebook's absurd pseudonym purgatory**, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/2nf5ql>>. Acesso em: 11/12/2016.

ESAYAS, Samson Yoseph. The role of anonymisation and pseudonymisation under the EU data privacy rules: beyond the 'all or nothing' approach. **European Journal of Law and Technology**, v. 6, n. 2, 2015.

FINOCCHIARO, Giusella. Anonimato. In: **Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile**. Aggiornamento. Torino: UTET, 2010. p. 12-20.

FROOMKIN, A. Michael. From anonymity to identification. **Journal of Self-Regulation and Regulation**, Heildelbeg, v. 1, p. 120-138, 2015.

FROOMKIN, A. Michael. Lessons learned too well. **Arizona Law Review**, v. 59, 2017 (no prelo).

HILDEBRANDT, Mireille; ROUVROY, Antoinette (Orgs.). **Law, human agency and autonomic computing**. Nova Iorque: Routledge, 2011.

\_\_\_\_\_; GUTWIRTH, Serge. **Profiling the european citizen: cross-disciplinary perspectives**. [S.l.]: Springer Netherlands, 2008.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/UXmKs>>. Acesso em: 02/12/2016.

\_\_\_\_\_. **Report of the Special Rapporteur on the right to privacy, Joseph A. Cannataci**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/elOvzl>>. Acesso em: 02/12/2016.

HUNTON & WILLIAMS. **Landmark Israeli Supreme Court Case: Online Anonymity Is a Constitutional Right**, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/hp6fRT>>. Acesso em: 20/12/2016.

LEE, Timothy B. **Here's everything we know about PRISM to date**, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/gDmUuh>>. Acesso em: 13/12/2016.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

MAASS, Dave; MACKEY, Aaron. **Law Enforcement's Secret "Super Search Engine" Amasses Trillions of Phone Records for Decades**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/3aQl54>>. Acesso em: 13/12/2016.

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. **How to break anonymity of the Netflix Prize dataset**, 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/RxggOU>>. Acesso em: 20/12/2016.

NORTH, Anna. **The Double-Edged Sword of Online Anonymity**, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/qVXcun>>. Acesso em: 16/10/2016.

OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. **UCLA Law Review**, n. 57, p. 1701-1777, 2010.

PRABHU, Vijay. **Tor and VPN users will be target of government hacks under new spying rule**, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/t6oe4h>>. Acesso em: 16/10/2016.

PRIMO, Alex. O aspecto relacional das interações na Web 2.0. In: ANTOUN, Henrique (Org.). **Web 2.0: participação e vigilância na era da comunicação distribuída**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p. 101-122.

RESTA, Giorgio. Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato. **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**, Roma, ano 30, n. 2, p. 171-205, 2014.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bolonha: Il Mulino, 1995.

RUSHE, Dominic. **Facebook share price slumps below \$20 amid fake account slap**, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/vuj9XX>>. Acesso em: 26/10/2016.

SCHMITZ, Sandra. Facebook's real name policy: bye-bye, Max Mustermann?. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, v. 4, n. 3, p. 190-204, 2013.

SOLOVE, Daniel J. **The digital person: technology and privacy in the information age**. Nova Iorque-Londres: New York University, 2004.

SUH-YOUNG, Yun. **Online real name system unconstitutional**. Disponível em: <<https://goo.gl/xP1ltn>>. Acesso em: 25/10/2016.

TRUCCO, Lara. **Introduzione all'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano**. Torino: Giappichelli, 2004.

WALTON, Christopher. **Agency and the Semantic Web**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

WEBER, Rolf H.; HEINRICH, Ulrike I. **Anonymisation**. Londres-Heidelberg-Nova Iorque: Springer, 2012.



GRUPO DE TRABALHO 6

# **CONECTANDO O PRÓXIMO MILHÃO:**

POLÍTICAS DE EXPANSÃO DE CONECTIVIDADE,  
ACESSO E INCLUSÃO DE GRUPOS MARGINALIZADOS

# #INTERNETJUSTA OU #INTERNETSObATAQUE GOVERNANÇA E DESAFIOS DA CONECTIVI- DADE NA INTERNET<sup>1</sup>

Polyana Inácio Rezende Silva<sup>2</sup>

Rafael Barbosa Fialho Martins<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

“A nova geração de líderes de direitos civis e direitos humanos está nascendo online”. A afirmação de Malkia Cyrill, ativista pela democracia nos meios de comunicação e do movimento negro nos Estados Unidos, no documentário Freenet<sup>4</sup>, dá a ver a importância do acesso à internet como direito fundamental à cidadania. Durante os vinte anos de história da internet no Brasil, as arquiteturas em rede, peculiares a esse domínio, reforçaram o caráter interdisciplinar das mediações que emergem das ambiências digitais pelo mundo.

Nos espaços urbanos, a presença e a mobilidade da conexão à internet reverberam a ideia de que o mundo está conectado. Estudos realizados no campo teórico da comunicação interessam-se por essa questão, atentando para o fato de que os textos midiáticos se relacionam com as questões da Governança da Internet. Assim, podemos indagar: qual é o estatuto de tal conectividade? Pensando que a internet possui ambiências distintas, e que a web é uma delas, em que medida o projeto inicial desse espaço, como projetado por figuras como Tim Berners Lee, se alterou ao longo dos anos?

Em trecho retirado de entrevista<sup>5</sup> exibida pelo programa Milênio da Globo News, em maio de 2016, Tim Berners-Lee afirma que “o primeiro objetivo da Web é que ela fosse universal, que fosse usada para qualquer tipo de documento, qualquer língua, qualquer gênero de comunicação. Não deveria haver limitação na forma de usá-la; o princípio da universalidade era vital.”

Em abril de 2016 a hashtag #internetjusta, associada do Movimento Internet Livre<sup>6</sup>, circulou amplamente pelos sites de redes sociais, propagando protestos da sociedade civil, entre outros, ao anúncio de que as principais operadoras de internet fixa no Brasil – Vivo, NET e Oi – passariam a oferecer apenas planos com limite de dados nos contratos das operadoras de telefonia<sup>7</sup>. Considerando que a internet seja um serviço de valor adicionado ao rol das telecomunicações, outro movimento, o #internetsobataque<sup>8</sup> surgiu indicando outras tensões relativas ao uso da internet no Brasil. Especialmente no que se refere à Governança e Marco Civil, as reivindicações do hacker, ativista político,

1 Tema relacionado à reformulação de proposta de pesquisa de doutoramento em Comunicação Social da autora Polyana, atualmente financiado com bolsa CAPES. Trabalho apresentado no GT “Conectando o próximo bilhão: políticas de expansão de conectividade, acesso e inclusão de grupos marginalizados” no II Seminário Governança das Redes e o Marco Civil da Internet, em setembro de 2016 no Ibmec.

2 Doutoranda, PPGCOM, UFMG/FAFICH, polyanainacio@gmail.com.

3 Doutoranda, PPGCOM, UFMG/FAFICH, rafaelbfilho@gmail.com.

4 Filme completo disponível em: <<https://vimeo.com/161511483>>. Acesso 17 out. 2016.

5 Veiculada em 23 de Maio, pelo canal Globosat. , disponível em: <<https://www.oisplay.tv/episode/2016350880111-tim-berners-lee>>. Acesso 17 out. 2016. Disponível em: <<http://globosatplay.globo.com/globonews/v/5044252/>>. Acesso 17 out. 2016.

6 Disponível em: <<https://www.facebook.com/mislbr/>>. Acesso 17 out. 2016.

7 Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/franquia-de-dados-na-internet-fixa-veja-perguntas-e-respostas.html>>. Acesso 17 out. 2016.

8 Disponível em: <<https://www.facebook.com/internetsobataque/>>. Acesso 17 out. 2016.



falecido em 2013, Aaron Swartz, nunca estiveram tão atuais, como afirma Ronaldo Lemos<sup>9</sup>, membro do MIT no Brasil.

Assim, este trabalho se propõe a analisar a rede de mobilização em torno dessas hashtags no Facebook e Twitter, investigando de que modo elas revelam o apelo da sociedade civil pelo acesso à informação e às liberdades civis, ligadas à internet. Duas ferramentas típicas para pesquisas e métodos digitais,<sup>10</sup> somadas à coleta manual via links trazidos pelo software Feedly(RSS)<sup>11</sup>, são reforços para o rastreamento de conteúdos associados às hashtags #internetjusta e #internetsobataque. Tais questões também foram debatidas no VI Fórum da Internet no Brasil<sup>12</sup>, organizado Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) de 13 a 15 de julho de 2016, em Porto Alegre. Trata-se de uma discussão que atravessa processos de criação de políticas públicas, incentivo à representatividade e atenção às práticas, usos e formas de apropriação da tecnologia.

## 2. DOCUMENTÁRIO FREENET

“Vamos ao centro social que a internet chegou”<sup>13</sup>, convida o representante da Associação Comunitária da Comunidade de São Francisco do Caramuri. Comparada pelos moradores à chegada dos projetos “Luz para Todos”<sup>14</sup> ou do sinal de telefone, a vinda da internet para a comunidade do interior do Amazonas é comemorada – sempre que pode ser ligada.

São Francisco do Caramuri participou do documentário Freenet, uma produção audiovisual voltada a ressaltar a importância do acesso à internet como um direito fundamental à cidadania. Para Daniel Leandro da Silva, presidente da Acasfc (Associação Comunitária Agrícola São Francisco do Caramuri), “a internet é também uma ferramenta para que contemos a própria história.” Em lugares afastados como Caramuri, o comércio e o trânsito dos moradores ficam limitados, assim como acesso a sistemas como o Sisu e o Prouni. Vários dos entrevistados defendem que o acesso à rede deveria ser universal e gratuito.

Lançado em maio de 2016, o documentário Freenet<sup>15</sup> em junho de 2016 chega com uma indagação que cabe destacar: “internet para todos?”<sup>16</sup>. Ao analisar o uso da internet pelo mundo, passando por países como Quênia, Índia, Estados Unidos, China, Brasil e Uruguai, o filme<sup>17</sup> mostra iniciativas e obstáculos para a democratização do acesso à internet, discutindo a liberdade de acesso, o compartilhamento de conteúdo e privacidade.

---

9 Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/milenio/videos/t/milenio/v/milenio-o-primeiro-objetivo-da-web-era-que-ela-fosse-universal-diztim-berners-lee/5044712/>>. Acesso 15 out. 2016.

10 Aplicativo Netvizz (Facebook) e TCAT (Twitter).

11 Disponível em: <<https://feedly.com/>>. Acesso 17 out. 2016.

12 Disponível em: <<http://www.cgi.br/noticia/notas/vi-forum-da-internet-no-brasil-discute-principios-para-uma-internet-livre-e-democratica/>>. Acesso 17 out. 2016.

13 36m57s do filme Freenet.

14 Implantado durante o governo Lula, o projeto levou acesso de energia elétrica à famílias residentes em áreas rurais. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/infraestrutura-social-e-urbana/luz-para-todos>>. Acesso em 05 ago. 2016.

15 Produzido pela Molotov Filmes, incentivado pelo Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), Intituto Intervozes, ITS (Instituto Tecnologia e Sociedade – Rio de Janeiro) e Nupef (Núcleo de Pesquisas, Estudos e Formação) e com apoio da Fundação Ford Internacional e do Comitê Gestor da Internet no Brasil. Disponível em: <<https://vimeo.com/161511483>>. Acesso em 30 jul. 2016.

16 Enquanto 65% das pessoas que vivem na área urbana dizem já ter acessado a Internet pelo menos uma vez na vida, na área rural este número cai para 36% dos indivíduos. Na população classificada como A o acesso à internet ocorre em 97% dos casos, nas Classe D-E, apenas 28% das pessoas informam terem acessado a rede pelo menos uma vez na vida. Fonte: Filme Freenet/ NIC.br - out 2014 / mar 2015.

17 Disponível em: <<https://www.freenetfilm.org.br/>>. Acesso em 30 jul. 2016.

Divulgado amplamente por perfis de pessoas comuns em redes como *Facebook*, *Twitter* e *YouTube*, jornais e organizações civis, o filme tem proporcionado debates em espaços públicos como fóruns, seminários, escolas, cineclubes e universidades, exibindo o documentário de forma gratuita e fomentando um debate sobre a internet. Na avaliação de Ivan Moraes Filho<sup>18</sup>,

Sem dúvida, o uso de dispositivos digitais tem feito com que, na contemporaneidade, muito mais pessoas tenham a oportunidade de expressar suas ideias, relatos e opiniões. As chances de essa plataforma tornar-se o ambiente livre e horizontal que muitas pessoas sonham, existe. Mas é preciso ter calma antes de dizer que o mundo online já ‘democratizou tudo’ ou mesmo que ‘democratizou alguma coisa.’

Para além de dar pistas sobre o acesso, a discussão aponta para discrepâncias sociais no Brasil, desafios para o Marco Civil da Internet<sup>19</sup> e a criação de regras de neutralidade<sup>20</sup> de rede. O filme chega em um momento de ânimos exaltados dos usuários de internet por todo o país. Usuários atentos ao debate sobre o limite da internet banda larga por parte das operadoras, como afirma o diretor do filme, Pedro Ekam ao jornal *Diário do Nordeste*<sup>21</sup>:

As operadoras de telefonia já vinham perdendo mercado em relação a alguns serviços de voz e mensagem com a entrada de aplicativos voltados para esse fim. Quando surgiram os serviços de entretenimento via internet, como *Netflix*, elas perderam contratos de TV a cabo, serviço também das operadoras. E agora elas querem descontar no consumidor. Então, acredito que seja importante entendermos todas essas questões.

A *world wide web* foi fundamentada na liberdade de conexão em rede e é referenciada como um veículo da liberdade de expressão do século XXI. Seu modelo horizontalizado de comunicação desafia a lógica dos veículos tradicionais, aproxima consumidores, produtores e propagadores de conteúdo. O atravessamento de interesses comerciais e governamentais altera o projeto inicial da *web*, como projetado por figuras como Tim Berners Lee. Em trecho retirado de entrevista<sup>22</sup> pelo programa *Milênio* da *Globo News*, Lee afirma que

o primeiro objetivo da *web* é que ela fosse universal, que fosse usada para qualquer tipo de documento, qualquer língua, qualquer gênero de comunicação. Não deveria haver limitação na forma de usá-la; o princípio da universalidade era vital.

Um dos pilares que sustentam o argumento de Freenet é a consciência de classe, já que o filme vai além de questões como o bloqueio do *WhatsApp*, por exemplo. Por

---

18 Jornalista, integrante do Centro de Cultura Luiz Freire e pós-graduado em Comunicação pela Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/201ca-internet-democratizou-tudo201d-para-quem>>. Acesso 30 jul. 2016.

19 **Marco Civil: o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) será responsável por determinar as diretrizes da internet no País.** Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2014/04/entenda-o-marco-civil-da-internet-ponto-a-ponto>>. Acesso 30 jul. 2016/

20 Neutralidade: significa manter a internet livre de discriminações comerciais ou políticas. A explosão de inovações que invadiu a internet nos últimos 25 anos só foi possível pela neutralidade da rede. Quem controla a infraestrutura física da rede tem que ser neutro em relação às informações. Para entender isso, é preciso recuperar um histórico de infraestrutura na internet. As empresas de telecomunicações argumentam que a autoria de tais infraestruturas é delas e que, portanto, cabe a elas decidir a respeito. No entanto, esquecem-se de considerar que foram subsidiadas por impostos, que a sociedade pagou por isso. A internet não pode ser gerida como um canal pago de televisão ou como um produto. Ela é um bem público com infraestrutura pública, vincula-se à realização de serviços essenciais, ao compartilhamento de muitas crenças e práticas sociais, de modo geral. Fonte: filme Freenet.

21 Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/suplementos/tecnologia/online/filme-que-coloca-em-questao-o-futuro-da-liberdade-na-internet- chega-a-fortaleza-1.1539749>>. Acesso 30 jul. 2016.

22 Veiculada em 23 de Maio, pelo canal Globosat.

mais acessível que a *web* pareça ser, são poucas as pessoas que podem se informar pelo *Instagram*, por exemplo. No VI Fórum da Internet no Brasil, organizado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), foram discutidas a criação de políticas públicas, incentivo à representatividade e atenção às práticas, usos e formas de apropriação da tecnologia. Frente a um tempo cada vez mais próximo da conexão com os objetos, como prever a conectividade de ambientes, entre máquinas com a aproximação da Internet das Coisas<sup>23</sup>? Quem ou o quê estará visível e em disputa nessa rede?

### 3. #INTERNETSOBATAQUE, #INTERNETJUSTA

A temática de Freenet foi de encontro ao debate provocado pelo anúncio de que a internet fixa funcionaria sob um esquema de franquia de dados<sup>24</sup>. Algo que em muitos casos inviabilizaria o consumo de serviços por *streaming*, como o *Netflix*, a produção/compartilhamento de vídeos pelo *YouTube*, entre outros. Tal estratégia foi encarada como um retrocesso que faria o país retornar à realidade *online* do ano de 1995.

Pela legislação brasileira, a internet é um serviço essencial e, por isso, existe um projeto para transformar banda larga em um serviço do mesmo tipo. Como a conexão em banda larga no Brasil é tratada na perspectiva de mercado, a infraestrutura de telecomunicações está concentrada nas mãos de poucas corporações. Elas controlam a oferta de serviço e limitam as opções de acesso.

A discussão, até setembro de 2016, ainda não foi concluída e caso o bloqueio passe a se tornar institucionalizado no Brasil, o país dará um passo para trás na universalização do acesso. Por isso, o anúncio da Anatel foi notícia em jornais da televisão, internet e mobilizou entidades ligadas à internet no Brasil. Em abril de 2016, a *hashtag* #internetjusta<sup>25</sup>, associada ao “Movimento Internet Sem Limites”<sup>26</sup>, deu visibilidade aos protestos de usuários de internet, pesquisadores e organizações em redes como <sup>27</sup>*Facebook*. Onze entidades que formam a Coalizão Direitos na Rede entregaram ao Comitê Gestor da Internet no Brasil ([CGI.br](http://CGI.br)) uma carta com o que consideram as principais ameaças à internet e suas reivindicações<sup>28</sup> para barrá-las, durante a plenária final do VI Fórum da Internet no Brasil, realizada nos 12 e 13 de julho de 2016, em Porto Alegre. Durante o evento, a Coalizão foi lançada em conjunto com a sua primeira campanha, intitulada #InternetSobAtaque.

Em junho de 2016, a *hashtag* #internetsobataque<sup>29</sup> continuou a indicar os desdobramentos<sup>30</sup> de outras tensões relativas ao uso da internet no Brasil. Tratam-se de movimentações que mexem com a agenda da inclusão digital, preocupam entidades

---

23 A Internet das Coisas (IoT) prevê que objetos como eletrodomésticos, carros, roupas e acessórios tenham uma etiqueta de radio frequência (RFID) e um endereço IP na rede. As aplicações IoT são inúmeras e encontram-se, por exemplo, nas “*smart cities*” ou computadores vestíveis. Objetos e máquinas podem trocar informação entre si, programar ações e monitorar pessoas ou ambientes.

24 Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/franquia-de-dados-na-internet-fixa-veja-perguntas-e-respostas.html>>. Acesso 15 ago. 2016.

25 Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=%23internetjusta&oq=%23internetjusta&aqs=chrome..69i57j69i61j69i60.817j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso 30 jul. 2016.

26 Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=%23internetjusta&oq=%23internetjusta&aqs=chrome..69i57j69i61j69i60.817j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8#q=Internet+Sem+Limites>>. Acesso 30 jul. 2016.

27 Disponível em: <<https://www.facebook.com/mislbr/>>. Acesso 31 jul. 2016.

28 Disponível em: <<http://intervozes.org.br/organizacaoes-lancam-coalizacao-em-defesa-de-direitos-na-internet-e-criticam-retrocessos-na-agenda-de-inclusao-digital/>> Acesso 30 jul. 2016.

29 Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=%23internetsobataque&oq=%23internetsobataque&aqs=chrome..69i57.430j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso 30 jul. 2016.

30 Disponível em: <<https://www.facebook.com/internetsobataque/?fref=ts>> Acesso 30 jul. 2016.

que defendem batalhas fundamentais, como o bloqueio e censura da rede. “A internet brasileira está sob ataque”, afirmou Ronaldo Lemos<sup>31</sup>, um dos criadores do Marco Civil brasileiro. Para ele, não se pode mexer na infraestrutura da internet, assim como não se mexe na infraestrutura da energia elétrica ou da água – compara. Ele expõe os principais desafios que o Brasil precisa enfrentar para resolver os problemas jurídicos, sociais e de infraestrutura relacionados à rede.

A gente vê hoje na CPI (de crimes cibernéticos) tentativas de criar mecanismos de bloqueio, de controle e de censura da internet que são inaceitáveis, e ferem a Constituição e direitos fundamentais. A luta do Aaron Swartz continua nos EUA e no Brasil. A internet brasileira está sob ataque, e tudo que foi conquistado pelo Marco Civil pode ser perdido.

Instaurada em fevereiro de 2015, a CPI dos Crimes Cibernéticos foi criada para investigar quadrilhas suspeitas de desviar dinheiro pela internet para a compra de armas e drogas e casos de pornografia infantil e pedofilia.

Apenas dois anos depois da aprovação do Marco Civil da Internet (MCI), lei internacionalmente reconhecida como modelo para a regulação da *web*, as forças do retrocesso aparecem e tais mobilizações impedem que o recuo seja maior. Sérgio Amadeu<sup>32</sup>, sociólogo, divulgador do Software Livre e da Inclusão Digital no Brasil, sinaliza que a Internet está

Sob um ataque golpista que ameaça a existência da Telebrás, a sanção do Marco Civil e do Comitê Gestor de internet. As operadoras de Telecom não levavam banda larga nem na periferia. Não era vantajoso, era muito caro. Eles não querem mudar o modelo de negócio. Foi aí que o Lula criou o Plano Nacional de Banda Larga (em 2010), para levar banda larga onde as operadoras não queriam levar de jeito nenhum. Na região Norte do país, nas periferias, nas áreas de pobreza. A meu ver faz parte do desmonte das políticas públicas de inclusão digital e de telecomunicação.

## 4. PESQUISAS SOBRE USOS DA INTERNET NO BRASIL E NO MUNDO

Por configurar-se como domínio instigante, a internet desperta curiosidade e certo fascínio. Ela interliga-se ao mercado das novidades tecnológicas, do lazer, do consumo e outras práticas cotidianas. Pesquisas realizadas pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br<sup>33</sup>) reúnem dados sobre a relação da internet com as esferas sociopolíticas, econômicas, culturais.

O anseio por compreender a arquitetura dessa rede e apreender seu fluxo informacional é um primeiro desafio quanto à compreensão da internet por uma perspectiva que a restrinja apenas às conexões digitais. De acordo com pesquisa do Instituto Internet.org<sup>34</sup> (criado pelo Facebook), sobre a população conectada pelo mundo em 2015, alguns

31 Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/noticia/2016/05/a-internet-brasileira-esta-sob-ataque-dizronaldo-lemos-um-dos-criadores-do-marco-civil-brasileiro-5795277.html>>, Acesso: 30 jul 2016.

32 Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/07/internet-no-pais-elogiada-no-mundo-inteiro-esta-sob-ataque-pelo-governo-golpista-2699.html>>. Acesso em: 13 set. 2016.

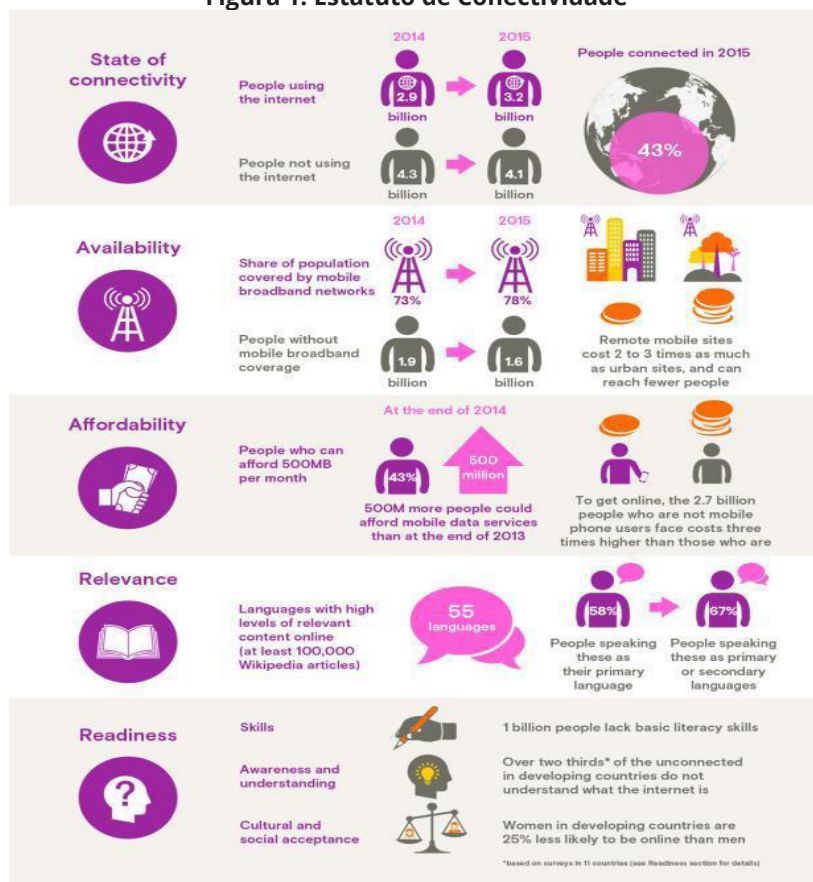
33 Disponível em: <<http://cetic.br/publicacoes/indice/pesquisas/>>. Acesso 30 jul. 2016.

34 Criado em agosto de 2013, além do Facebook, o projeto tem a parceria de empresas como Ericsson, Mediatek, Opera, Samsung, Nokia e Qualcomm como parceiras fundadoras. Essas empresas querem oferecer internet em áreas que não dispõem do serviço. A iniciativa é criticada por restringir a opção de sites disponíveis para conexão a ambientes como Facebook, por exemplo. Nesse caso, de acordo com ativistas, abrem-se precedentes “para impedir o acesso a sites considerados politicamente antagônicos ou que expressem opiniões distintas do Facebook e seus parceiros, em evidente censura”. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/ministerio-publico-considera-projeto-internet-org-do-facebook-ilegal-3972.html>>. Acesso em: 13 set. 2016.



aspectos chamam a atenção. A taxa de pessoas sem acesso à internet no mundo ainda é superior ao número de pessoas conectadas. Características como disponibilidade de infraestrutura, custo, tipos de conteúdo acessado ou até as habilidades cognitivas, crenças e formação cultural, são importantes para observar como as pessoas conectam-se à internet e apresentam-se como parte do estatuto de conectividade na internet. Estatuto este, por vezes, centralizado em espaços corporativos de peso no cotidiano de muitos usuários. Como é o caso do *Facebook*, *Google* ou *Twitter*. Nesse sentido, uma pesquisa divulgada pelo site Quartz<sup>35</sup> apontou que para 55% dos brasileiros entrevistados *Facebook* e internet são a mesma coisa. Não há problema na utilização destas redes entretanto é importante demarcar que elas fazem parte de um escopo maior, que é a internet.

Figura 1: Estatuto de Conectividade



Fonte: Internet.org<sup>36</sup>

Apesar de regulada por interesses de mercado e configurar-se como um serviço de valor adicionado ao ramo das telecomunicações, a internet revela-se diretamente ligada aos interesses públicos. Nesse sentido, retomamos o objetivo do trabalho de buscar nesses textos pistas capazes de relacionar a apropriação da internet no Brasil e o fenômeno da midiatização, problematizando a ideia imperativa de que a internet conecta a tudo e a todos indistintamente. Em um especial<sup>37</sup> do jornal *Folha de S.Paulo* sobre os vinte anos da internet, o aspecto da conexão é colocado como um ponto de destaque na experiência com a internet.

De acordo com Demi Getschko, diretor-presidente do NIC.br (Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR) e membro do CGI (Comitê Gestor da Internet no Brasil), “o problema da internet em relação às outras é que trata-se de uma rede que

35 Disponível em: <<http://canaltech.com.br/noticia/facebook/milhoes-de-usuarios-do-facebook-nao-tem-ideia-de-que-estao-usando-a-internet-39045/>>. Acesso: 13 set. 2016.

36 INTERNET.ORG. **State of Connectivity 2015**. Disponível em: <<https://info.internet.org/en/blog/2016/02/22/state-of-connectivity-2015-a-report-on-global-internet-access/>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

37 Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/20-anos-da-internet/>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

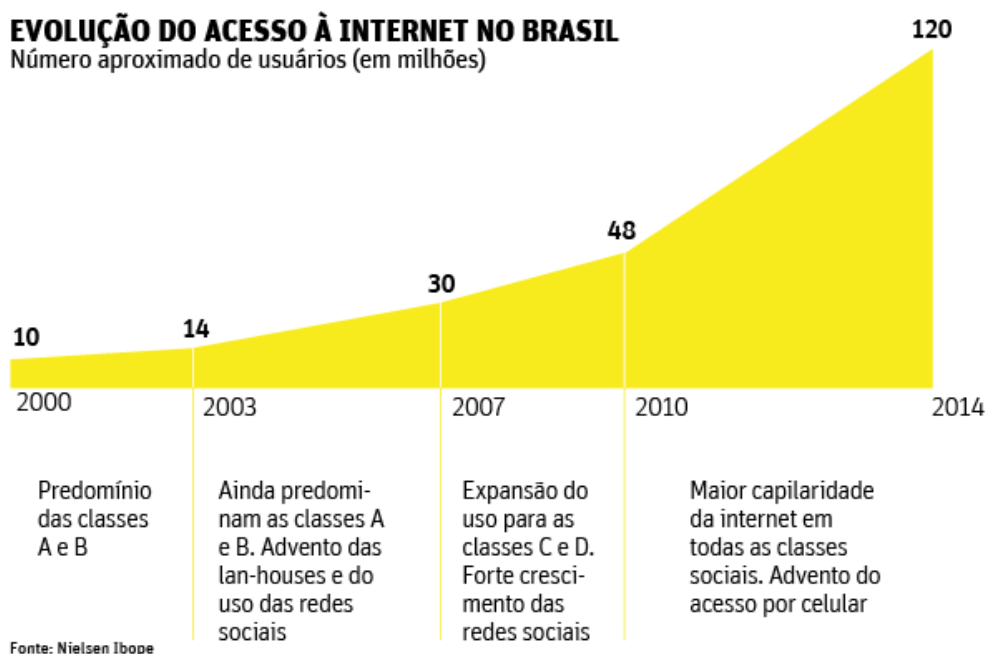


demanda infraestrutura compatível com sua exigência/necessidade de conexão”. Ou seja, há duas décadas, “a velocidade dessa tecnologia gerava demanda superior à então comportada pelos fios telefônicos de cobre”. O limite das conexões discadas, também conhecidas pelo seu nome em inglês, *dial-up*, era de 56 kbps, suficiente para baixar uma imagem de 100 kbytes em 14 segundos, uma canção de 5 Mbytes em 12 minutos, e um filme de 700 Mbytes em um dia e quatro horas. Àquela época pagava-se por minuto.

De acordo com outra pesquisa, a “*State of the Internet*”, uma investigação periódica realizada pelo Instituto Akamai<sup>38</sup>, a conexão média no Brasil hoje é de 3,6 Mbps<sup>39</sup>. Ela é menor que a média de 5,1 Mbps, no mundo. No *ranking* global de velocidade de conexão, o Brasil ocupa a 90ª colocação. No ano de 2015, segundo o mesmo relatório anual da Akamai, a velocidade no país era de 3 Mbps. Essa velocidade é 54 vezes superior à máxima de 1995.

O padrão 4G que chega a velocidades centenas de vezes superiores às da conexão discada e maiores até que a banda larga residencial, representa 7,8 milhões de linhas ativas. Países como Uruguai, Argentina e Chile estão em situação pouco melhor que outros países da América Latina: 2,2%, 1% e 0,8% de suas conexões, respectivamente, podem receber conteúdo com a referida resolução de maneira adequada. Nos Estados Unidos, esse número é de 19%.

Figura 2 - Acesso internet Brasil (entre anos 2000 e 2014)



Fonte: *Folha de S.Paulo*<sup>40</sup>

Outros números trazidos pela matéria da *Folha* reforçam que o acesso à internet ainda é restrito a cerca de 60% da população, embora tenha deixado de se concentrar apenas na população mais rica. Em 2015, 54% dos internautas brasileiros pertenciam à classe C, contra 36% de A e B e 10% de D e E, de acordo com pesquisa do instituto Data Popular feita a pedido do *Google*.

38 Akamai: só mais completo sobre infraestrutura de internet global.

39 Kbps e Mbps, assim como Gbps, são unidades binárias para medir a velocidade da internet. Kbps indica kilobit por segundo que equivale a 1000 bits por segundo. Mbps é abreviação para megabit por segundo que equivale a 1000 Kbps ou 1.000.000 de bits por segundo. A largura de banda de internet é diferente da capacidade da taxa de transferência. Disponível em: < <https://www.testesuavelocidade.com.br/blog/o-que-e-kbps-e-mbps/>>. Acesso 12 set. 2016.

40 Disponível em: < <http://temas.folha.uol.com.br/20-anos-da-internet/o-inicio/dos-professores-a-classe-c-como-o-perfil-do-internauta-mudou.shtml>>. Acesso em 30 jul. 20165.

Em 2014, havia ao menos 120 milhões de brasileiros conectados, de acordo com o levantamento mais recente do instituto Nielsen Ibope, de julho de 2014 (esse número de internautas leva em conta acessos frequentes e também os esporádicos). O Brasil tinha, no mesmo mês, 202,8 milhões de habitantes, segundo o IBGE.

Investimentos em conexões via fibra ótica, a exploração econômica da rede, a telefonia móvel e outros fatores são trazidos por tais pesquisas, reafirmando o Brasil como um “país de conectados” cuja metade da população não tem acesso à internet. Isso se deve não apenas às desigualdades sociais, mas por entraves de infraestrutura tecnológica atrelado a interesses comerciais. E ainda, o Brasil não oferece acesso ou qualidade de conexão a seus usuários. Nesse caso, a franquia de dados em banda larga no país, ao contrário de países de primeiro mundo, representa um entrave à conectividade da população à internet.

Fatores como a acessibilidade se alteraram ao longo dos anos e tecnologias como o *smartphone* contribuíram para a entrada da internet no cotidiano do brasileiro<sup>41</sup>. Isso se reflete no resultado de outra pesquisa realizada pela Tyntec<sup>42</sup>. No ano de 2015, foram entrevistadas mais de 4.000 pessoas, com idade entre 18 e 55 anos, que moram no Brasil, Rússia, Estados Unidos e Reino Unido. O resultado do estudo mostrou que o Brasil é o país que possui a maior quantidade de usuários conectados em *sites* de redes sociais, aplicativos bancários ou de conversação como o *whatsapp*, via *smartphone*. Outra pesquisa, realizada pela “Digital in 2016”<sup>43</sup>, da agência *We Are Social*, confirma a adesão de uma média de 45% da população como ativa em redes sociais de todos os tipos.

Ainda segundo dados da Pesquisa Brasileira de Mídia<sup>44</sup>, da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, que avalia os hábitos de consumo de mídia, 65% dos jovens entrevistados, com até 25 anos, acessam internet todos os dias no país. E esse número cresce, pois 67% desses jovens afirmaram também que o uso é principalmente destinado à diversão e à busca de notícias. Ações que ganham espaço em iniciativas como os *Instant Articles*<sup>45</sup> ou perfis dos jornais dentro de redes como o *Facebook*<sup>46</sup>.

A explosão da internet no Brasil teve como um de seus marcos a utilização do e-mail e, anos mais tarde, da rede social *Orkut*. As pessoas deixaram de frequentar telecentros, onde os *sites* permitidos para acesso eram mais restritos, para se dirigirem às *lan-houses*. Nesses lugares, o foco não era apenas os *games* nos computadores, mas a busca pelo conteúdo e uso de redes sociais *online*. Após embates políticos entre as correntes anti e pró-privatização do serviço de internet, próximo do ano de 1995, o barateamento da conexão banda larga possibilitou a internet que conhecemos hoje. Assim como outras formas de apropriação da internet nos espaços domésticos, a existência de plataformas como *YouTube*, *Vimeo* ou *Netflix*.

Muitos estudos e pesquisas poderiam ser trazidos para complementar a relação

41 Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/uso-de-smartphones-mais-que-dobra-no-brasil-nos-ultimos-dois-anos/61408>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

42 Disponível em: <<http://www.tyntec.com/resources/whitepapers/the-us-lags-behind-emerging-markets-in-mobile-messaging>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

43 Disponível em: <<http://wearesocial.com/uk/special-reports/digital-in-2016>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

44 Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf>>. Acesso em: 30 jul 2016.

45 Disponível em: <<https://instantarticles.fb.com/>>. Acesso em 30 jul. 2016. Veja, neste livro, artigo de Amanda Jurno sobre os instant articles.

46 As cinco redes mais acessadas em ordem crescente: 1) Facebook, 2) Whatsapp, 3) Messenger, 4) YouTube, 5) Instagram. Fonte: Pesquisa Brasileira de Mídia 2015.

entre o acesso, produção e consumo do conteúdo disponível na internet. O conteúdo e as possibilidades de consumo e sua circulação são um ponto de partida importante para a experiência com o digital e com a internet.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto que as condições de acesso afetam a experiência de consumo, visualização e propagação de conteúdos na internet, tomamos a questão do acesso como ponto a incitar o debate, diálogos e posturas críticas em relação à internet. Ou seja, na medida em que constata-se a importância e o trânsito das ambiências *online* no cotidiano, os modos de acessar a rede “nos conectam de outra forma” à internet. Especialmente como mídia. Características como mobilidade dependem do canal de acesso e conexão à internet.

Ao olhar para os textos que tais constatações acionam, ressaltam-se aspectos que reforçam que a internet transcende a materialidade das redes. Ela está em relação com territórios do mundo que ainda não estão conectados, por mais contraditório que isso possa parecer. Isso ocorre porque a falta de conectividade em vários pontos da rede aponta os limites e potencialidades da questão. Durante os vinte anos de história da internet<sup>47</sup> no Brasil, muitas alterações sociais ligadas a essas arquiteturas em rede reforçaram o caráter interdisciplinar das mediações que emergem das ambiências *online*.

Diante das questões que Freenet e os movimentos Internet Livre e Internet Sob Ataque trazem, indicamos que o estatuto de tal conectividade depende do território a ser considerado. Não se pode tomar a internet apenas como uma grande rede das redes. Ela também é rede de ativismo e problematização de narrativas, acontecimentos e nuances da vida social.

Uma das premissas relacionada à participação e entrada nas ambiências do digital diz respeito ao protagonismo do usuário na produção e consumo de textos, conteúdos. A quebra de neutralidade e as discussões relativas a isso assemelha-se de algum modo às reivindicações relativas à televisão, rádio e aos processos que gestam os veículos de comunicação.

## 6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Filipe Dummar de. **Internet justa: um movimento que vai unir o Brasil**. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/opiniao/2016/05/17/noticiasjornalopiniao,3614261/internet-justa-um-movimento-que-vai-unir-o-brasil.shtml>>. Acesso em: 15/10/16.

ABRIL, Gonzalo. **Análisis crítico de textos visuales. Mirar ló que nos mira**. Madrid: Editorial Síntesis, 2007.

\_\_\_\_\_. Tres dimensiones del texto y de la cultura visual. In: IC – **Revista Científica de Información y Comunicación**. Madrid, 2012, 9. pp. 15 – 35.

BASTOS, Marco Toledo. Medium, media, mediação e midiatização: a perspectiva ger-  
mânica. In: JUNIOR, Jeder Janotti; MATTOS, Maria Ângela; JACKS, Nilda. **Mediação e Midiatização**. Salvador: EDUFBA, 2012. p-53-77

CARVALHO, Carlos Alberto de. Midiatização: investigações brasileiras e europeias e o

47 Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/20-anos-da-internet/>>. Acesso em: 13 set. 2016.

midiacentrismo. GT Epistemologias da Comunicação, **25o Encontro Anual da Compós, Universidade Federal de Goiás**, Goiânia, de 7 a 10 de junho de 2016. Disponível em: <[http://www.compos.org.br/biblioteca/artigocomp%C3%B3s2016\\_3348.pdf](http://www.compos.org.br/biblioteca/artigocomp%C3%B3s2016_3348.pdf)>. Acesso em 10 jun. 2016.

CGI. **20 anos de internet no Brasil**. Disponível em: <<http://nic.br/media/docs/publicacoes/3/revista-br-ano-07-2016-edicao-10.pdf#page=5>>. Acesso em: 15/10/16.

COULDRY, Nick. Mediatization: what is It? *In*: HEPP, Andreas, et al. **Media practice and everyday agency in Europe**. Bremen: Edition Lumière, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HEPP, Andreas & HASEBRINK, Uwe. Interações humanas e configurações comunicativas: transformações culturais e sociedades midiaticizadas. **Parágrafo**. Jun/Dez. 2015, V.2, No 3. 2015. P. 75-89.

HEPP, Andreas, et al. **Media practice and everyday agency in Europe**. Bremen: Edition Lumière, 2014a.

\_\_\_\_\_. As configurações comunicativas de mundos midiaticizados: pesquisa da midiaticização na era da “mediação de tudo”. São Paulo: **Matrizes**, V. 8 – No 1 – Jan/jun. 2014c – p. 45-64.

\_\_\_\_\_. Communicative figurations: researching cultures of mediatization. *In*: HEPP, Andreas, et al. **Media practice and everyday agency in Europe**. Bremen: Edition Lumière, 2014b.

\_\_\_\_\_. **The communicative figurations of mediatized worlds: mediatization research in times of the ‘mediatization’ of everything**. University of Bremen, 2013b. Disponível em: [www.kommunikative-figurationen.de](http://www.kommunikative-figurationen.de).

HJARVARD, Stig. Da mediação à midiaticização: a institucionalização das novas mídias. **Parágrafo**. Jun/Dez 2015, V.2, No 3. 2015. P. 51-62.

\_\_\_\_\_. Midiaticização: teorizando a mídia como agente de mudança social e cultural. **Matrizes**, Ano 5 - no 2 jan./jun. 2012 - São Paulo - Brasil - p. 53-91.

INTERNET.ORG. **STATE OF CONNECTIVITY, 2015**. Disponível em: <<https://info.internet.org/en/blog/2016/02/22/state-of-connectivity-2015-a-report-on-global-internet-access/>>. Acesso em: 15/10/16.

KROTZ, Friedrich. From a social worlds perspective to the analysis of mediatized worlds. *In*: HEPP, Andreas, et al. **Media practice and everyday agency in Europe**. Bremen: Edition Lumière, 2014.

LUNDBY, Knut. Notes on interaction and mediatization. *In*: HEPP, Andreas, et al. **Media practice and everyday agency in Europe**. Bremen: Edition Lumière, 2014.

MAURO, Rosana; TRINDADE, Eneus. Diretrizes para pensar a midiaticização dos rituais de consumo nas telenovelas brasileiras *In*: SIGNOS DO CONSUMO, SÃO PAULO – V.6, N.2, 2014. P. 255-269, DEZ. 2014. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/signosdoconsumo/article/viewFile/105706/104440>>. Acesso: 13 set. 2016.

ARTEL, Frédéric. **Smart - o que você não sabe sobre a internet**. Trad. Clóvis Marques, 1a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

MARTIN-BARBERO, Jesus. **Dos meios às mediações: comunicação, cultura e hegemonia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

MINOZO, Paula. **“A internet brasileira está sob ataque”**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/noticia/2016/05/a-internet-brasileira-esta-sob-ataque-diz-ronaldo-lemos-um-dos-criadores-do-marco-civil-brasileiro-5795277.html>>. Acesso em: 15/10/16.





# A CAPILARIZAÇÃO DAS REDES DE INFORMAÇÃO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO PELO SMARTPHONE<sup>1</sup>

Mait Bertollo<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre a capilarização dos smartphones, por meio do conjunto de redes estabelecidas para o acesso à internet móvel, pressupõe que a sua implementação e conexão são próprias das políticas estatais, governamentais e corporativas, de acordo com o seu uso e sua organização no território, através de diversificadas infraestruturas.

Também ressalta-se a influência da informação para controle e gestão de numerosas atividades dispersas, considerando a internet como “vetor fundamental do processo social”<sup>3</sup>, pois participa da constituição territorial, da regulação da vida humana e da informação, mediada por objetos que obedecem imposições tecnológicas e financeiras, pilares do atual período de globalização.

O acesso à informação e comunicação é compreendido como um bem que permeia os direitos humanos, combinado às implicações espaciais da conexão e às redes no território brasileiro como resultado histórico e geográfico que suporta uma modernização seletiva e incompleta. Isso resulta em desigualdades na disponibilidade de infraestruturas de comunicação via internet em muitas de suas porções.

Mediante a convergência das técnicas de telefonia e internet, a expansão dessa rede e seu uso pelo smartphone requerem uma análise da base material, composta por antenas, satélites e espectro eletromagnético, por exemplo. As redes 3G e 4G são utilizadas principalmente pela população jovem<sup>4</sup>, especialmente nas regiões metropolitanas, impulsionando o aperfeiçoamento das técnicas de produção e consumo desses objetos, que se estruturam de forma massificada em determinadas porções do território, com consequências espaciais dos movimentos de produção, consumo, distribuição e capilarização dessa rede em diferentes escalas espaciais.

Segundo os impasses e perspectivas das complexas redes que estruturam a internet, a investigação dos seus sistemas de objetos aponta para o fluxo intenso entre os agentes envolvidos que impõem um ritmo de resposta cada vez mais rápido às demandas de comunicação e uma necessidade crescente de expansão e capilarização dessas redes.

Os smartphones são objetos conectores e pontos de acesso que disseminam a ação da rede suporte<sup>5</sup>, dada pela infraestrutura específica material, e da rede serviço<sup>6</sup>,

---

1 Pesquisa de doutoramento. Financiamento: bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES.

2 Bacharel e Licenciada em Geografia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Mestre em Geografia pela Universidade de São Paulo (USP). Doutoranda em Geografia pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: [mabertollo@gmail.com](mailto:mabertollo@gmail.com)

3 SANTOS, M. *A Natureza do Espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção*. Hucitec, São Paulo, 1996. p. 66.

4 COMITÊ GESTOR DA INTERNET. *Pesquisa sobre o Setor de Provedores de Serviços de Internet no Brasil - TIC Provedores 2014*. NIC.BR/ CETIC.BR, 2016. Disponível em <http://www.cgi.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-setor-de-provedores-de-servicos-de-internet-no-brasil/>. Acesso em 21 nov. 2016.

5 SANTOS, M. *Op. cit.*, p. 39.

6 SANTOS, M. *Op. cit.*, p. 39.

que se realiza através dessa infraestrutura, como os sites web e aplicativos, decorrentes do desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, combinando a digitalização dos conteúdos de texto, áudio e vídeo que passaram a ser arquivos de dados e se reproduzem em quaisquer sistemas informáticos.

A prioridade dessas redes é, além de distribuir, fazer circular dados e informações que antecedem e organizam as atividades no território. Essas redes contemporâneas são pontos escolhidos e funcionais no território, que se interrelacionam de acordo com variados comandos:

Os suportes das redes encontram-se agora, parcialmente no território, nas forças naturais dominadas pelo homem (o espectro eletromagnético) e parcialmente nas forças recentemente elaboradas pela inteligência e contidas nos objetos técnicos (por exemplo, o computador). Desse modo, quando o fenômeno de rede se torna absoluto [...] e seus suportes são pontos<sup>7</sup>.

A rede de internet, então, se organiza em múltiplos nós e conecta-se à outras redes, controlada e difusa entre muitos pontos e mediada por serviços e aplicações, que funciona hierarquicamente sob uma lógica de mercado. A inclusão e exclusão da rede é respaldada pela massificação do acesso por um modelo através do consumo a um valor alto e com obstáculos normativos e políticos para a melhoria da conexão.

## 2. A DISTRIBUIÇÃO DAS REDES DE SMARTPHONES PELO TERRITÓRIO BRASILEIRO

A distribuição dos smartphones pelo território e as infraestruturas que propiciam o funcionamento da internet móvel passam, primeiramente, pela compreensão da concentração dos sistemas de objetos técnicos,<sup>8</sup> especialmente aqueles mais sofisticados em determinadas porções do território, que se consolidaram historicamente e espacialmente no Brasil.

Esses complexos objetos e infraestruturas correlatas funcionam segundo oligopólios ou monopólios de determinados agentes em regiões ou lugares definidos, que impõem dinâmicas para que tudo funcione no seu entorno. No período atual de globalização, a informação se coloca como principal elemento unificador entre os lugares e fomentador da inovação, propiciada e propiciando o nascimento de novas redes de fluxos materiais e imateriais, o que acarreta em uma seletividade espacial dos investimentos<sup>9</sup> com nova divisão técnica, social e territorial do trabalho.

A informação é aqui interpretada como um instrumento que possibilita novas oportunidades de integração dos trabalhos que são realizados de forma territorialmente dispersa e também tem a capacidade de ordenar (ou reordenar) a experiência social do indivíduo, “promovendo o seu convívio já que a informação tem uma função política, no sentido de constituição ou formação da Polis”<sup>10</sup>.

O produto da cultura de massa é, assim, resultado das intencionalidades do sistema comunicador, definidas pela publicidade, pelas ideologias predominantes, pe-

7 SANTOS, M. *Op. cit.*, P. 211.

8 *Ibidem*. Objetos técnicos, segundo Santos, são os objetos artificiais e os objetos naturais que cumprem o critério do uso possível, promovendo conexão, aproximação, vizinhança, apropriações e usos distintos.

9 CHESNAIS, F. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

10 SODRÉ, M. **A comunicação do grotesco: um ensaio sobre a cultura de massa no Brasil**. 5a edição Ed. Vozes, Petrópolis, 1976, p. 11.

los interesses das empresas de comunicação, etc., que “condicionam as relações entre produtor da obra e o consumidor, gerando uma mensagem específica para a comunicação”<sup>11</sup>.

A comunicação, desse modo, é considerada como troca de informações (estímulos, imagens, símbolos, mensagens) possibilitada por um “conjunto de regras explícitas ou implícitas que são os códigos, em que toda cultura é uma estrutura de comunicação que só pode ser compreendida pela decifração do seu código”<sup>12</sup>. Portanto, o fenômeno da cultura de massa só se tornou possível com o desenvolvimento do sistema de comunicação por mídia, com o progresso e multiplicação dos veículos de massa, como o jornal, televisão, rádio, filmes, discos, revistas e, a partir do fim do século XX, as redes e sites de internet, aliados aos fenômenos de urbanização, da formação de públicos de massa e aumento da necessidade de lazer, por exemplo.

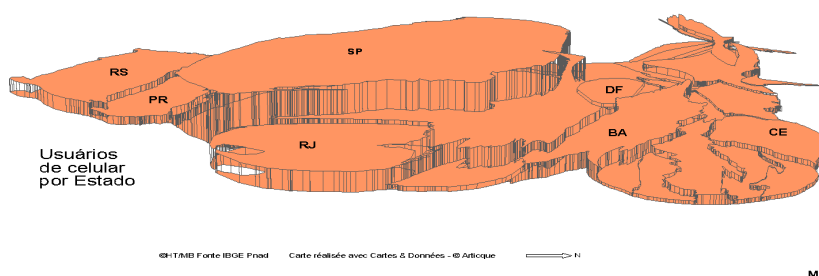
O que se convencionou chamar cultura de massa tem como pressuposto e como suporte tecnológico a instauração de um “sistema moderno de comunicação (os *mass-media* ou veículos de massa) ajustado a um quadro social propício”<sup>13</sup>.

Nesse contexto agrega-se a produção, também condicionada pela circulação, de acordo como aprofundamento da divisão do trabalho. O papel dos sistemas técnicos conformados por redes são fundamentais na organização e no uso dos territórios, e são parte de um nexos que envolve “a técnica e sua capacidade de criar condições sociais inéditas, de modificar a ordem econômica mundial e de transformar os territórios”<sup>14</sup>.

As redes, dessa forma, possuem um sentido geométrico, em que suas estruturas materiais servem de suporte para os fluxos (materiais ou imateriais), de um ponto a outro, localizados em determinada extensão, e também possuem um sentido geográfico, compreendidos como produto e circunstância social.

Estas são, simultaneamente, suporte material e condição normativa da mobilidade espacial, traduzida analiticamente em termos de circulação e comunicação, exercendo um papel fundamental na organização e no uso do território em diversas escalas, pois são instrumentos técnicos e políticos que viabilizam as estratégias de circular e comunicar à distância. A comunicação através da internet móvel pelo smartphone incide principalmente nas cidades, que se transformam através de sucessivas combinações de objetos técnicos, fixos e fluxos, que conectam sistemas urbanos e, assim, mantêm a aceleração contemporânea.

**Mapa 1 - Brasil: usuários de smartphone por Unidade da Federação**



Fonte: Elaborado por Hervé Thery com dados extraídos de IBGE, 2016.

11 Idem, p. 11.

12 Idem, p. 19.

13 Idem, p. 22.

14 DIAS, L. C. Redes: emergência e organização. In: Castro, I. E. de; Costa Gomes, P.C. da e Corrêa, R. L. (orgs) **Geografia: conceitos e temas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 87.

O mapa 1 demonstra a concentração de usuários de celular principalmente no estado de São Paulo, seguido pelo estado do Rio de Janeiro, e a região norte é a que detém o menor número de usuários desse equipamento, por possuir também menor densidade de infraestrutura de conexão, ilustrando a concentração demográfica e também das redes técnicas e do acesso à esse objeto na região sudeste.

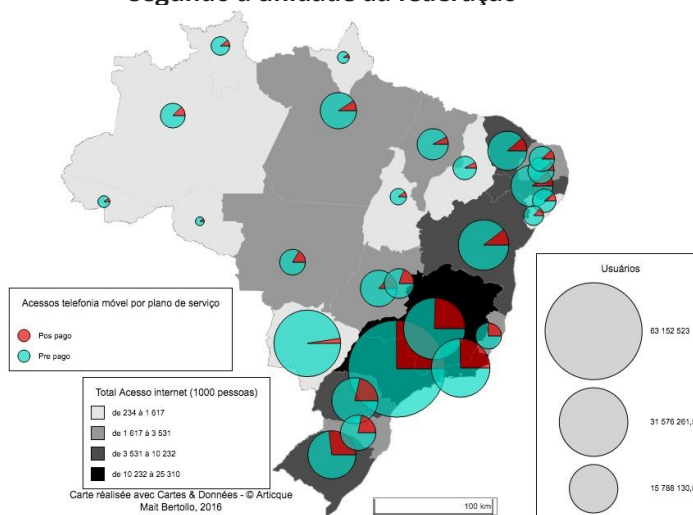
O papel dos centros urbanos é importante no sistema tecnológico relacionado à rede global de telecomunicações: as cidades ampliam seu poder e passam da posição de produtoras de bens materiais para ser também o lugar da circulação e consumo de todos os tipos de bens e informações, elementos auferidos pelas corporações de telecomunicação.

Para Murray<sup>15</sup> e Jenkins<sup>16</sup>, a participação nas redes sociais transforma a cultura contemporânea através da participação coletiva dos indivíduos, mais intensamente nas cidades. Ocorre a transformação das práticas comunicativas quando há participação efetiva na cultura digital, o que torna complexas as relações entre os indivíduos e os conteúdos digitais. Esse evento se intensifica principalmente a partir das transformações socioeconômicas expressadas pela disseminação das redes de internet no Brasil e no globo.

Os indivíduos são expostos a várias experiências em seus cotidianos relacionadas com novos dispositivos, novas plataformas ou novas aplicações, possibilitando a interatividade e compartilhamento, em diversos níveis, entre indivíduos e máquinas gerando distintos usos, apropriações e comportamentos individuais e coletivos.

Os acessos móveis por smartphone no Brasil cresceram exponencialmente principalmente no início do século XXI e o maior problema para aumentar o número de conectados é o valor alto da conexão (preço por megabyte), seja por pacotes pós pagos ou pré pagos (esse último ainda mais oneroso). Esse acesso é geralmente mais caro do que o acesso ao objeto smartphone. Para satisfazer as demandas de comunicação e acesso à informação, os conectados utilizam os planos pré-pagos na maioria do território nacional.

**Mapa 2 – Brasil: número de usuários com acesso à telefonia móvel, por plano de serviço, segundo a unidade da federação**



Fonte: Elaborado por Mait Bertollo com dados extraídos de Comitê Gestor da Internet, 2016.

15 MURRAY, J. **Hamlet no Holodeck: o futuro da narrativa no ciberespaço**. Tradução de Elissa Khoru Daher, Marcelo Fernandez Cuzziol – São Paulo: Itaú Cultural: Unesp, 2003, p. 79.

16 JENKINS, H. **Confronting the challenges of participatory culture: media education for the 21st Century**. MacArthur Foundation, 2006, p. 88.

O mapa 2 mostra que a maior parte dos usuários de todas as unidades da federação utilizam planos pré-pagos para conexão à internet em smartphones. Em geral, se atribui esse comportamento ao custo do serviço ser muito elevado, pois esse plano permite maior controle do uso.

O valor alto do serviço das grandes empresas provedoras de acesso que conectam os dispositivos (computadores, smartphones, tablets, por exemplo) à internet e que têm autorização para explorar os serviços e produtos, somado à crescente demanda por conexão, propiciou o surgimento e incentivou a atuação de pequenos provedores (com até 50 mil clientes), que têm o valor reduzido das licenças e obrigações, com impacto direto sobre os custos da atividade.

Para expandir a participação, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) permite a oferta de acessos por empresas que não possuem diretamente outorgas de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), que autoriza a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia e conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço. As licenças estaduais têm o valor de R\$ 1,2 mil e as municipais R\$ 400<sup>17</sup> e esses provedores precisarão guardar por menos tempo os registros de conexões (IPs, horários de acesso, etc.).

No Brasil, 80% da oferta de internet está nas mãos de apenas cinco grupos econômicos e a maior facilidade para participação de pequenos provedores pode possibilitar o provimento de banda larga por *lan-houses*, por exemplo, em periferias e cidades menores do Brasil, sobretudo em localidades onde a conexão é insatisfatória, escassa e cara, fornecida pelas grandes empresas de telecomunicação.

Essa prática apoia as ações do Plano Nacional de Banda Larga (PNBL), pois a Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), que atua como atacadista e opera grandes redes nacionais, satélites e conexões internacionais, depende dos pequenos provedores para fazerem o varejo, que é levar o sinal efetivamente até as pessoas.

Essas práticas podem ser importantes para prefeituras e órgãos públicos incentivarem o desenvolvimento de empresas do setor em suas cidades, através da contratação de pequenas prestadoras locais de banda larga e telefonia, desconcentrando a produção e impulsionando a economia nas cidades de menor porte e em bairros periféricos.

As 2.200 empresas que fazem parte da categoria de Pequenos Provedores totalizam 2,41 milhões de acessos no país. Essas empresas investem na migração de tecnologias como rádio ou cabo coaxial para a fibra óptica a fim de obter mais velocidade e qualidade em seus serviços. Atualmente, o Brasil tem 1,3 milhão de acessos via fibra óptica, de um total de 25,7 milhões de conexões de banda larga fixa<sup>18</sup>.

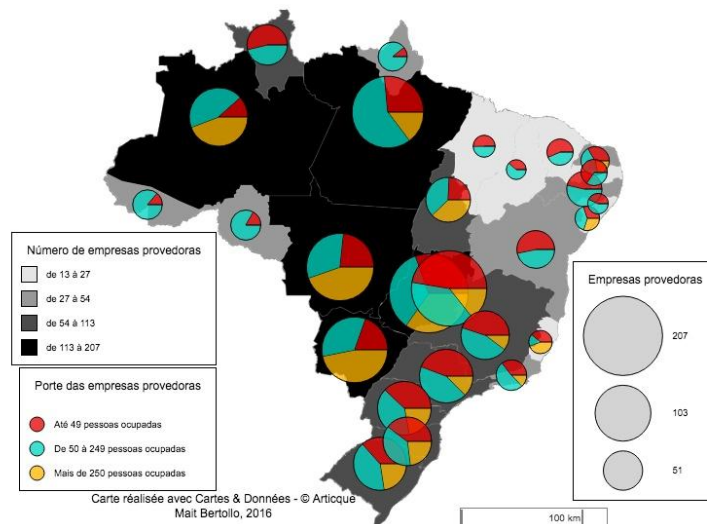
---

17 ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações. **Informações Técnicas**, 2016, p. 2. Disponível <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do?acao=inicio> Acesso 19 nov. 2016.

18 Idem., p. 3.



**Mapa 3 – Brasil: porte das empresas provedoras de internet por número de pessoas ocupadas**



Fonte: Elaborado por Mait Bertollo com dados extraídos de Comitê Gestor da Internet, 2016.

No mapa da distribuição e o porte dos provedores de internet no Brasil observa-se a importante atuação e influência desses provedores de menor porte na maior parte do território nacional, principalmente nos estados da região nordeste que possuem grande demanda por conexão e não têm atendimento por grandes empresas, ou o valor do serviço é muito alto para a renda da população.

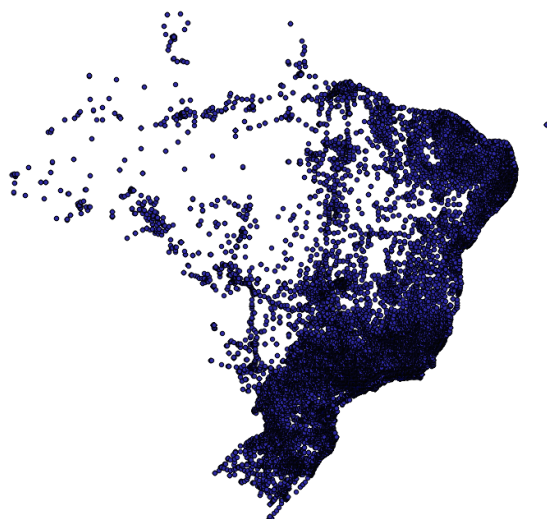
As redes, definidoras da vida cotidiana e com importância crescente na circulação e comunicação, quando apresentadas no contexto do território brasileiro de dimensão continental, destacam as grandes desigualdades regionais de infraestruturas, fruto do jogo de forças entre as políticas dos Estados, as demandas corporativas e as necessidades sociais. Essas redes, que são geográficas por serem um “conjunto de localizações sobre a superfície terrestre articulado por vias e fluxos”,<sup>19</sup> são produto e condição social, historicamente construídas, dotadas de intencionalidades.

A conexão à internet e uso dos smartphones são condicionados por essas dinâmicas no território, de acordo com a possibilidade ou não de uma conexão satisfatória para que a rede serviço seja acessada.

Para essa conexão é imprescindível a base material das infraestruturas como satélites, antenas, fibras óticas e roteadores, por exemplo. A distribuição das aproximadamente 77 mil antenas ou Estações Rádio Base no território brasileiro, que possuem várias estações utilizadas principalmente pelas grandes empresas de telecomunicação, demonstra a concentração desses aparatos nas áreas urbanas e em determinadas regiões e unidades federativas.

19 CORRÊA, R. L. Interações Espaciais. In: CASTRO, I. E.; GOMES, P. C. C.; CORRÊA, R. L. (Orgs). **Explorações geográficas**. RJ, Bertrand Brasil, 1997, p. 101.

Mapa 4 – Brasil: distribuição no território brasileiro das Estações Rádio Base (ERB)



Fonte: Elaborado por André Nagy com dados extraídos de Anatel, 2016.

A distribuição das ERB pelo território brasileiro, são basilares para o funcionamento das redes 3G e 4G. Um grande número de ERB opera sobre uma vasta área como uma rede integrada sem fios, permitindo a partilha ininterrupta da transmissão sem interferências quando os usuários se movem, mesmo em alta velocidade. Essas redes utilizam o espectro licenciado e foram projetadas como uma atualização da tecnologia para redes sem fio, incluindo o serviço de voz. A principal característica dessa estrutura é o oferecimento de cobertura onipresente e contínua, suportada por uma ERB que estende a conexão a vários quilômetros de distância. As estações estão ligadas umas às outras por uma rede de *backhaul*<sup>20</sup> que também fornece interligação com a rede fixa comutada de telecomunicações e outros serviços.

Verifica-se no mapa 4 a disparidade da implementação das redes no território nacional, com a tradicional concentração desses aparatos no sul e sudeste e ao longo do litoral nordestino principalmente nas capitais, evidenciando a região norte com menor densidade de infraestruturas de comunicação. Assim, compreende-se a possibilidade de um novo funcionamento, organização e uso do território a partir da emergência das novas tecnologias da informação pela capilarização dessa rede, baseada numa integração eletrônica corporativa de pontos selecionados<sup>21</sup>.

O mapa 5, com foco na distribuição das ERB na região sudeste, apresenta o ordenamento dessas infraestruturas ao longo de grandes vias, o que é importante para a compreensão de um novo contexto da hierarquia urbana, reflexo da divisão internacional do trabalho contemporânea e das novas especializações funcionais que definem os centros urbanos ligadas à capilarização da informação pelo território.

20 *Backhaul* é a porção de uma rede hierárquica de telecomunicações responsável por fazer a ligação entre o núcleo da rede, ou *backbone*, e as sub-redes periféricas. Por exemplo, em uma rede de telefonia celular, enquanto uma única torre de célula constitui a sub-rede local, a conexão dessa torre ao restante do mundo é feita por um link *backhaul* ao núcleo da rede da empresa de telefonia.

21 CASTILLO, R. A. **Sistemas orbitais e uso do território: integração eletrônica e conhecimento digital do território brasileiro**. Tese (Doutorado em Ciências – Geografia Humana) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999, p. 97.

**Mapa 5 – Brasil: Distribuição das Estações Rádio Base nas regiões metropolitanas de Curitiba-PR, Belo Horizonte-MG, São Paulo-SP e Rio de Janeiro-RJ**



Fonte: Elaborado por André Rodrigues Nagy com dados extraídos de ANATEL, 2016.

A distribuição das ERB utiliza as redes legadas e as condições topológicas de cada porção onde serão instaladas, além da possibilidade de reversão dos investimentos nessa infraestrutura pelos serviços prestados. A configuração territorial, então, parte da totalidade material de um compartimento do espaço geográfico:

Seja qual for o país e o estágio do seu desenvolvimento, há sempre nele uma configuração territorial formada pela constelação de recursos naturais, lagos, rios, planícies, montanhas e florestas e também de recursos criados: estradas de ferro e de rodagem, condutos de toda ordem, barragens, açudes, cidades, o que for. É esse conjunto de todas as coisas arranjadas em sistema que forma a configuração territorial, cuja realidade e extensão se confundem com a materialidade do território de um país. A interdependência se complica e se completa justamente porque ela se dá entre as coisas que chamamos de naturais e as que chamamos de artificiais<sup>22</sup>.

### 3. GOOGLE, FACEBOOK: A CAPILARIZAÇÃO DO SMARTPHONE E O PODER SOBRE A REDE SUPORTE E REDE SERVIÇO

A influência dessas corporações, que condicionam o uso crescente dos smartphones para capilarizar seus serviços, revelam os delineamentos do conteúdo e controle de informação. O Facebook e Google não explicam a totalidade, pois há numerosas redes exclusivas (como de governos, da NASA, de corporações, por exemplo), e que não serão aqui abordadas.

O papel corporativo do Facebook é expressivo nas suas dimensões e práticas virtuais, especialmente a partir da criação e implementação do “Freebasics.com”, um projeto de internet que porta novas formas de organização propostas por corporações para oferecer acesso à internet através do smartphone, realizando a conexão em áreas de cobertura da internet móvel e também naquelas porções onde não há conexão, através de sinais emitidos por Veículo Aéreo Não Tripulado (VANT) e disponibilizando a conexão ao site Facebook e outras aplicações determinadas por essa e outras corporações convergentes.

O princípio desse serviço é a execução do chamado *zero rating*, quando as presta-

22 SANTOS, M. Da política dos Estados à política das empresas. *Cadernos da Escola do Legislativo de Belo Horizonte*, 3(6): 9-23, jan/jun.1998, p. 52.

doras de conexão à internet liberam o acesso “gratuito” a determinada plataforma e os dados transmitidos nessa conexão não são descontados do plano dos usuários. O Google, com vários projetos de aumento de capacidade de rede própria de fibra óptica submarina na América Latina, amplia a velocidade e a conectividade da banda larga com os EUA, através de projetos como a expansão de 10 mil quilômetros de fibra óptica e capacidade de comunicação de pelo menos 60 terabytes por segundo: uma rede de infraestrutura de fibra submarina própria, com capacidade de reduzir a latência na interligação com os data centers distribuídos pelo mundo.

Com essa mesma finalidade, o “Projeto Loon” provê acesso à internet através de balões num “anel de internet” no hemisfério sul da Terra, composto por 300 balões, com altura de 20 km que possuem transmissores e receptores de dados e GPS, e software para sua posição correta, painéis solares energia e que duram 187 dias.

Nesse contexto de apropriação corporativa das redes, destaca-se o Marco Civil da Internet<sup>23</sup>, que tem como premissa a universalização da oferta e não dos acessos (que ainda está nas mãos das grandes operadoras, herança da privatização do setor de telecomunicação). Google e Facebook, além de serem detentores da rede serviço, também são da rede suporte e, para que haja neutralidade da rede, os agentes que controlam cabos, fibras óticas e outras variadas a estrutura física devem ser neutros em relação ao fluxo de dados.

Sem essas normas previstas no Marco Civil, as empresas fornecedoras do serviço podem impor restrições de preços por pacotes, como ocorre hoje com as TVs a cabo, com estratégias de capilarizar seus serviços de conexão por drones, balões ou fibras óticas.

Para que haja neutralidade da rede, os agentes que controlam cabos, fibras óticas e outras variadas estruturas físicas devem ser neutros em relação ao fluxo de dados que circulam nessa materialidade. O caso do freebasics.com do Facebook e o uso do *zero rating* sem desconto na franquia de dados para conexão ao site Facebook, com acesso irrestrito e gratuito em parceria com empresas e operadoras de telecomunicações, utilizam da justificativa de inclusão digital, mas acabam por empobrecer a criatividade e heterogeneidade da rede, aumentando a vigilância e sua influência.

Toda vez que uma corporação ou operadora interferir no fluxo de informação da rede, ao impedir o acesso à uma aplicação ou um serviço da internet, por não estar num determinado plano e permitir apenas parcialmente ou bloquear o fluxo de informações, deixa de ser neutra em relação a esse fluxo. Ao fazer planos de diferentes velocidades e vender serviços específicos quebrando o acesso universal à internet, as operadoras a transformam numa grande rede de TV a cabo.

Há ainda diferenças importantes na normatização da internet fixa e móvel: na internet fixa, pela web onde se acessam os sites, há maior possibilidade de criação, onde numerosos sites são produzidos e apagados por dia, pois nesse contexto, cria-se sem autorização.

No caso da internet móvel, há mediação pela operadora de telecomunicação: no smartphone os aplicativos são filtrados, controlados pelas operadoras que se relacionam

---

23 Sancionada em abril de 2014, a Lei 12.965/2014 garantiu direitos, regulamentação e a participação da sociedade civil no debate sobre o princípio da neutralidade, a garantia de que os conteúdos da internet sejam acessados por todas as pessoas em igualdade de condições.

com servidor que dá acesso à plataforma, pois sem a loja *AppleStore* ou a loja *GooglePlay* não é possível acessar aplicativos. Esse é, portanto, um âmbito extremamente controlado da rede, principalmente pelas corporações Facebook e Google, hegemônicas no mercado de redes que tendem ao monopólio, como o exemplo da compra do *Whatsapp* pelo Facebook e da compra do *Youtube* pelo Google. Portanto, o ambiente da web aberta e pública poderá ser apropriada corporativamente, enrijecendo e regulando as possibilidades de liberdade de criação e de navegação.

Conformada por uma arquitetura distribuída, a internet é um conjunto de redes articuladas por protocolos e procedimentos e o smartphone processa as informações que fluem por elas. Através desse objeto o controle pode ser totalmente realizado pelas operadoras, pois a internet é uma rede lógica e física, e essa última dimensão é fundamental para a capilarização do smartphone no território.

Assim, o maior poder das redes é produzir redes, e as corporações como Facebook e Google têm como prioridade a expansão e consolidação de redes tanto quanto a produção de conteúdos.

#### 4. A REDE DE SMARTPHONES E AS INTERAÇÕES ESPACIAIS

A participação dos indivíduos nessas redes técnicas que se relacionam, influenciam e são influenciados pelas articulações das relações urbanas dadas pelo vetor informacional, por meio do smartphone, produzem a contiguidade dessa rede. A interação no território se dá não apenas pela relação hierárquica entre empresas e Estado em direção aos indivíduos, mas também entre agentes individuais. Isso acontece quando a informação banal altera o tipo de interação espacial e pode ser capaz de promover uma nova forma de realizar e/ou influenciar políticas em várias escalas nas cidades. Estas são a principal base territorial das técnicas de telecomunicações, que promovem a instantaneidade e simultaneidade, impulsionando as interações espaciais. A interação possui uma causa e efeito pois transforma a materialidade ou aspectos que interagem: “os elementos fixos, fixados em cada lugar, permitem ações que modificam o próprio lugar, fluxos novos ou renovados que recriam as condições ambientais e as condições sociais, e redefinem cada lugar”<sup>24</sup>.

Corrêa<sup>25</sup> classifica as interações espaciais como componente do espaço geográfico, que possuem a propriedade de atenuar, intensificar e transformar processos preestabelecidos e se refletem nas transformações espaciais, com desenvolvimentos desiguais do espaço. Um amplo e complexo conjunto de deslocamentos de pessoas, mercadorias, capital e informação através das redes sobre o espaço geográfico proporcionam e são proporcionadas pelas interações espaciais, parte integrante da existência e reprodução e do processo de transformação social.

A capilarização do smartphone também apresenta o componente excludente da rede: de acordo com a Pesquisa Brasileira de Mídia, de 2014, apesar do crescimento do uso de smartphones e internet, as pessoas utilizam ainda para se informar, majoritariamente, a televisão, apontada por 93% dos entrevistados como principal meio de informação. O rádio vem em segunda posição para 46% dos entrevistados e apenas 42% indicaram a internet como principal fonte. As diferenças de renda e escolaridade são de-

---

24 SANTOS, M. *Op. cit.*, P. 18.

25 CORRÊA, R. L. Interações Espaciais. In: CASTRO, I. E.; GOMES, P. C. C.; CORRÊA, R. L. (Orgs). *Explorações geográficas*. RJ, Bertrand Brasil, 1997.



terminantes no uso e a apropriação da internet móvel: a proporção de pessoas com renda familiar até um salário mínimo que acessam a internet pelo menos uma vez por semana era de 20%, já entre os que possuem renda superior a cinco salários, a proporção é de 76%. Apenas 5% dos que tinham estudado até a quarta série do fundamental utiliza a rede e a média de acesso era de 3 horas por dia. Quem possui formação superior tem o percentual de uso de 72%, com tempo de conexão de seis horas por dia. Os recortes de renda mostram as disparidades no uso da rede, que seguem repetindo desigualdades históricas. A deficiência no acesso, o valor alto do serviço e do equipamento e a má qualidade da conexão são impedimentos para grande parcela da população.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O método utilizado na pesquisa considera que a realidade do espaço supõe trabalho, por isso ele não é apenas material ou físico e está sempre ganhando novas definições substantivas de acordo com as transformações históricas. Compreender o uso do smartphone como a ponta da capilarização dessa rede na escala do indivíduo, parte do entendimento das interações espaciais que o uso desse objeto pode possibilitar.

É através das de redes geográficas, localizações articuladas entre si por vias e fluxos, que as interações espaciais efetivamente se realizam a partir dos atributos das localizações e das possibilidades, como no caso das redes configuradas para o uso do smartphone, que são uma forma de compreender a espacialidade humana em sua manifestação comunicacional.

Os sistemas técnicos atuais e suas inovações sucessivas concebem uma rápida difusão, um encurtamento do período de concepção e desenvolvimento das inovações e uma elaborada racionalidade instrumental à acumulação capitalista, levada a um grande número de lugares. Essas redes técnicas, que têm multiplicada suas malhas e nós, possibilitam a articulação de territórios não contíguos e não inclusivos, pois da malha informativa se decide o domínio do território<sup>26</sup>.

O caráter político das redes técnicas que predispõem controle “facilita a obtenção de legitimidade, a mobilização das forças extra-locais, as alianças necessárias para influir em decisões de foros maiores, e é possível adquirir uma fluidez escalar que pode servir inclusive para reforçar o poder local”<sup>27</sup>.

As cidades são um grande sistema tecnológico vinculado à rede global de telecomunicações que fomenta e baseia a produção e trocas globais e, ao mesmo tempo, articula e oferece meios para que o smartphone tenha seu uso mais banalizado relativizando o meio técnico científico informacional na escala global, nacional, regional e local.

As tecnologias de informação e os novos objetos técnicos (demandados por circunstâncias históricas) são acompanhados por modificações organizacionais da sociedade e do território, implicando em novas práticas socioespaciais. Nesse contexto, também é relevante considerar a exclusão ligada aos aspectos de renda e educacionais: acessar informações, serviços públicos, compartilhar vivências online, produzir e

---

26 RAFFESTIN, C. Marxismo y geografía política. In: GARCIA BALLESTEROS, A. (coord). **Geografías y marxismo**. Madrid: Editorial de la Universidad Complutense, 1985, p.69.

27 DORFMAN, A. As escalas do território e sua articulação: uma revisão. In: **Territórios do cotidiano: uma introdução a novos olhares e experiências**. (Org) MESQUITA, Z; BRANDÃO, C. R. Porto Alegre, Ed. Universidade de Santa Cruz do Sul, 1995.

difundir conhecimento através da internet passou a ter um sentido ligado à cidadania, pois um excluído é incapaz de participar da sociedade da informação para desenvolver a capacidade comunicativa permitida pelas tecnologias de informação e comunicação.

## 6. REFERÊNCIAS

ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações. **Informações Técnicas**, 2016. Disponível <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do?acao=inicio> Acesso 19 nov. 2016

ATLAS BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES. **Converge Comunicações/ Teletime**, Ipsis, São Paulo, 2014. Disponível em <https://issuu.com/telaviva/docs/> Acesso 20 nov. 2016.

BRASIL, Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. Brasília: Secom, 2014.

CASTILLO, R. A. **Sistemas orbitais e uso do território: integração eletrônica e conhecimento digital do território brasileiro**. Tese (Doutorado em Ciências – Geografia Humana) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

CHESNAIS, F. **A mundialização do capital**. São Paulo: Xamã, 1996.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Pesquisa sobre o Setor de Provimento de Serviços de Internet no Brasil - TIC Provedores 2014**. NIC.BR/ CETIC.BR, 2016. Disponível em <http://www.cgi.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-setor-de-provimento-de-servicos-de-internet-no-brasil/> Acesso em 21 nov. 2016.

CORRÊA, R. L. Interações Espaciais. In: CASTRO, I. E.; GOMES, P. C. C.; CORRÊA, R. L. (Orgs). **Explorações geográficas**. RJ, Bertrand Brasil, 1997.

DIAS, L. C. Redes: emergência e organização. In: Castro, I. E. de; Costa Gomes, P.C. da e Corrêa, R. L. (orgs) **Geografia: conceitos e temas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

DORFMAN, A. As escalas do território e sua articulação: uma revisão. In: **Territórios do cotidiano: uma introdução a novos olhares e experiências**. (Org) MESQUITA, Z; BRANDÃO, C. R. Porto Alegre, Ed. Universidade de Santa Cruz do Sul, 1995.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2014**. Disponível <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/> Acesso 13 nov. 2016.

JENKINS, H. **Confronting the challenges of participatory culture: media education for the 21st Century**. MacArthur Foundation, New York, 2006.

MURRAY, J. **Hamlet no Holodeck: o futuro da narrativa no ciberespaço**. Tradução de Elissa Khoru Daher, Marcelo Fernandez Cuzziol – São Paulo: Itaú Cultural: Unesp, 2003.

RAFFESTIN, C. Marxismo y geografía política. In: GARCIA BALLESTEROS, A. (coord). **Geografías y marxismo**. Madri: Editorial de la Universidad Complutense, 1985.

SANTOS, M. **O meio técnico-científico e a urbanização no Brasil**. Comunicação apresentada no Seminário Brasil século XXI, Seção “Campo e cidade na virada do século”, Unicamp, 1989.

\_\_\_\_\_. **A Natureza do Espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção.** Hucitec, São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_. Da política dos Estados à política das empresas. **Cadernos da Escola do Legislativo de Belo Horizonte**, 3(6): 9-23, jan/jun.1998.



# CONECTANDO AS PRÓXIMAS 3 BILHÕES DE PESSOAS À INTERNET: ACESSIBILIDADE EM CONFRONTO COM A NEUTRALIDADE DA REDE

Juliana Evangelista de Almeida<sup>1</sup>

Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A Internet é um fenômeno que tem como objetivo conectar o mundo, sendo muitas as funcionalidades que a referida rede possui. Entretanto, seu processo de disseminação é lento. Atualmente, existem aproximadamente 3 bilhões de usuários espalhados pelo mundo, atingidos em pouco mais de 40 anos, enquanto existem pouco mais de 7 bilhões de habitantes no mundo.

Há que se ressaltar que em países desenvolvidos é mais fácil o acesso à tecnologia. Assim é que, conquanto a disponibilidade pareça ser universal, uma pesquisa feita pela ONU mostrou que nos 48 países mais pobres do mundo 90% da população não possui acesso à Internet<sup>3</sup>. Tal fato evidencia a dominação existente na rede, o que pode ser ampliado ante ao fato de que 60% dos nomes de domínio “.com” pertencem a norte-americanos<sup>4</sup>.

Diversos são os projetos que visam a conectividade do mundo. Um deles é o “Next 3B”<sup>5</sup>, mantido pela Tata Communications, que tem como slogan “It took more than 40 years for the first 3 billion people to connect to the Internet. The next 3 billion will take less than 10”. Entretanto, tais projetos muitas das vezes privilegiam o acesso a conteúdos próprios ou de parceiros. Esse é o caso do projeto mantido pelo Facebook, o *Free Basics*, ou, mais especificamente, o Internet.org. O acesso à Internet disponibilizado pelo *Internet.org* não é ilimitado. Assim, os usuários só terão acesso às páginas e aplicações dos parceiros do *Facebook* que se cadastraram para o uso do “*free basic*”<sup>6</sup>. Desta feita, o que o “*free basic*” faz é dar acesso à plataforma do *Facebook* e, através dela, os usuários terão acesso aos aplicativos e informações dos parceiros cadastrados.

O presente artigo pretende discutir as formas de se expandir a conectividade, ampliando para as camadas mais inferiores da sociedade o acesso à Internet, fazendo um contraponto ao princípio da neutralidade. Discute-se a possibilidade de se dar acesso à apenas parte da rede, ou se seria um dever disponibilizar todo o conteúdo.

---

1 Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas com bolsa FAPEMIG. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Advogada e Professora da FUNCESI e Nova Faculdade. E-mail: [jualmeidaonline@gmail.com](mailto:jualmeidaonline@gmail.com)

2 Mestrando em Direito Privado Pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FEAD. Advogado. E-mail: [danielevangelista@gmail.com](mailto:danielevangelista@gmail.com)

3 REUTERS. **Mais da metade da população mundial não tem acesso à internet, diz relatório da ONU**. Tecnologia, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/mais-da-metade-da-populacao-mundial-nao-tem-acesso-internet-diz-relatorio-da-onu-17557878>>. Acesso em 14 mar. 2016.

4 CHANDER, Anupam. **Domínio no Espaço Cibernético**. In: LEMOS, Ronaldo. WAISBERG, Ivo. *Conflitos Sobre Nomes de Domínio e Outras Questões Jurídicas da Internet*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 53.

5 NEXT 3B. Disponível em <<http://next3b.com/>>. acesso em 06 out. 2016.

6 FREE Basics by Facebook. Disponível em <<https://info.internet.org/pt/story/free-basics-from-internet-org/>>. acesso em 06 out. 2016.

## 2. DA NECESSIDADE DE SE EXPANDIR O ACESSO: A internet como bem essencial e o acesso como direito fundamental

Muito se discute sobre o direito de acesso à internet ser considerado um direito fundamental, bem como se a internet pode ser considerada um bem essencial. Para tanto, faz-se necessário revisitar os conceitos de direitos fundamentais, direitos humanos e direitos dos homens.

Segundo Fernandes,<sup>7</sup> muitos autores consideram que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são sinônimas. No entanto, segundo esse mesmo autor, os direitos dos homens remontam a ideia de um direito natural, ainda não positivado, já os direitos humanos como aqueles que teriam salvaguarda no âmbito do direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais são os tutelados pelas legislações internas de cada Estado.

Os direitos fundamentais surgem da necessidade de se proteger o homem tanto contra o abuso do poder estatal, como nas relações que estabeleça, sejam com o Estado ou não. Assim é que se afirma que os direitos fundamentais possuem eficácia vertical (nas relações dos cidadãos com o Estado) e horizontal (nas relações entre iguais). É comum a diferenciação dos direitos fundamentais em gerações, conforme a tutela histórica que lhes foram sendo dadas.

A primeira geração de direitos fundamentais tem sido definida como aquela que salvaguardou os direitos relacionados à liberdade. Remonta ao surgimento do liberalismo e ao rompimento com o modelo de Estado anterior, qual seja, absolutismo. Conforme Fiuza<sup>8</sup> foi necessário impor limites à atuação do poder Estatal, assegurando, desse modo, que as pessoas fossem livres e iguais. Não se admitindo, portanto, a intervenção estatal na esfera privada. Nesse contexto histórico, as constituições, de um modo geral, tutelaram as liberdades individuais face ao Estado, bem como salvaguardaram os direitos civis e políticos.

Já no século XX, conforme Fernandes,<sup>9</sup> surge a segunda geração de direitos fundamentais. Nesse contexto histórico fez-se necessária a tutela dos direitos sociais, culturais e econômicos. Observa-se que o capitalismo e a revolução industrial que impulsionaram o rompimento com o modelo de Estado absolutista e fortaleceram os vínculos com modelo liberal de Estado, também impulsionaram uma maior desigualdade social. Assim é que, conforme Fiuza,<sup>10</sup> o Estado passou a ter que garantir outros direitos às pessoas – os sociais – de forma que a própria lógica capitalista não fosse frustrada. Explica-se: o liberalismo levado a extremo se tornou um meio de opressão das camadas da população economicamente inferiores que dão sustentáculo ao próprio sistema. Fez-se, portanto, necessária a intervenção estatal para que fosse garantida não só a igualdade formal entre as pessoas, mas a igualdade material, ou seja, a efetivação de direitos sociais.

No contexto pós-guerra, conforme Fernandes,<sup>11</sup> surgem os direitos de terceira geração, salvaguardando a necessidade de tutela de bens ligados à fraternidade, tais

7 FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 311.

8 FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 74.

9 FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., p. 311/315.

10 FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. Op.cit., p. 74.

11 FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., p. 311/315.



como o direito à paz, direito ao meio ambiente sustentável e equilibrado, direito de comunicação, direito ao livre desenvolvimento, entre outros.

Paulo Bonavidades<sup>12</sup> acrescenta outras gerações de direitos fundamentais. Informa que no mundo moderno houve a diminuição das barreiras geográficas, daí a necessidade de surgimento de uma sociedade mais aberta. Portanto, o autor afirma uma quarta geração de direitos, tais como a democracia, informação e ao pluralismo. Segundo Fernandes,<sup>13</sup> autores como José Alcebíades Oliveira Júnior e Dirley da Cunha Junior incorporam na quarta geração de direitos fundamentais os direitos relacionados à biotecnologia, como manipulação genética, mudança de sexo, entre outros.

Ainda conforme Fernandes,<sup>14</sup> é possível ainda argumentar sobre uma quinta geração de direitos fundamentais, todos eles correlacionados ao direito à vida e à paz. Desta feita, afirma o autor que as novas tecnologias trazem novos desafios. Por isso, passa a ser necessária a salvaguarda de direitos, como a identidade individual, direito ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem.

Cabe ressaltar que a divisão em gerações de direitos fundamentais tem cunho histórico e o surgimento de uma nova geração não exclui os direitos reconhecidos na anterior. A sociedade se transforma e faz surgir a necessidade de salvaguarda de novos direitos que, em razão de um contexto histórico, não poderiam ser reconhecidos em um momento anterior. O acesso à internet é um desses direitos que, no contexto atual, tende a ser reconhecido como um direito fundamental.

A ONU em março de 2011 definiu os 10 direitos fundamentais e princípios base de governança da Internet<sup>15</sup> são eles: 1- universalidade e igualdade; 2- Direitos e Justiça Social; 3. Acessibilidade; 4- Expressão e Associação; 5 – Privacidade e Proteção de Dados; 6- A Vida, Liberdade e Segurança; 7- Diversidade; 8- Rede de Igualdades; 9- Normas e Regulamentos; 10- Governança.

Assim é que a ONU reconhece como direito fundamental o acesso à internet e define que “todos os indivíduos têm igual direito de acesso e utilização a uma Internet segura e aberta”<sup>16</sup> e ainda que “todos os indivíduos devem ter acesso universal e aberto ao conteúdo da Internet, livre de priorização discriminatória, de filtragem ou controle de tráfego por motivos comerciais, políticos ou outros”<sup>17</sup>.

A Constituição Federal não faz referência de modo expreso ao direito de acesso à internet como direito fundamental, mas o artigo 5º não exclui a existência de outros direitos fundamentais que não expressos em seu rol. Portanto, o artigo 5º da Constituição não traz um rol taxativo de direitos fundamentais. Assim é que, por uma interpretação teleológica, pode-se definir o direito de acesso à internet como um direito fundamental. Alguns autores vêm argumentando nesse sentido, conforme se posiciona Ivan Hartmann<sup>18</sup>. A Corte Constitucional Alemã chegou a afirmar que a internet é um bem

---

12 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

13 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., p. 311/315.

14 Ibidem.

15 ONU. **10 Direitos e Princípios da Internet**. Disponível em <[http://internetrightsandprinciples.org/pdf/10IRP\\_Portuguese.pdf](http://internetrightsandprinciples.org/pdf/10IRP_Portuguese.pdf)> acesso em 06 out. 2016.

16 Idem.

17 Idem.

18 *apud* GOULART, Guilherme Damásio. **O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Humanos e Fundamentais: O Acesso à Internet e a Liberdade de Expressão**. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2156402](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2156402); Acesso em 14 mar. 2016.

essencial<sup>19</sup>.

A internet pode ser vista como um instrumento de inserção na sociedade e reflete sobremaneira no desenvolvimento socioeconômico de uma determinada sociedade. Conforme pesquisa da Reuters,<sup>20</sup> dos 48 países mais pobres do mundo, 90% da população não tem acesso à internet, enquanto nos países mais desenvolvidos o acesso à internet é quase pleno.

### 3. O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE

Antes de abordar o princípio da neutralidade, é necessário que breve explicação sobre a estrutura da Internet. Toda a comunicação na rede é feita entre dispositivos, que se localizam nas bordas da infraestrutura. Para ter acesso a uma informação, o usuário necessita de um provedor de conexão, que vai ligá-lo ao provedor de Backbone. Assim, ele conseguirá acessar o provedor de conteúdo, para que acesse a informação pretendida. Para se transferir uma informação entre um remetente e um destinatário, é necessário que o roteador TDP/IP<sup>21</sup> a quebre em diversos pequenos pacotes, os quais são transportados pelo provedor de conexão até o provedor de Backbone. Nesse sentido, quando se discute sobre a neutralidade, fala-se na possibilidade de o provedor de conexão distinguir a velocidade de tráfegos desses pequenos fragmentos de informação.

Daí decorre a importância de se discutir a neutralidade da rede, tendo em vista a sua relevância no desenvolvimento da Internet. Nesse sentido é que o Marco Civil da Internet<sup>22</sup> foi estruturado sob três pilares, quais sejam, a privacidade, a liberdade de expressão e a neutralidade. Ainda, o artigo 3º do Marco Civil normatiza a neutralidade como um dos princípios do uso da Internet no Brasil. Salienta-se que o referido dispositivo normativo possui uma seção exclusiva para este princípio, sendo dedicado um artigo para tratar sobre a matéria. Trata-se do artigo 9º, o qual faz parte do capítulo III, que trata de conexão e aplicações de Internet<sup>23</sup>.

A neutralidade é o princípio segundo o qual não pode existir distinção entre os serviços da Internet, privilegiando o trânsito de um dado em detrimento a outro. Assim, não é possível que se priorize determinado serviço em detrimento de outro. Destarte, existem três correntes sobre o acesso à Internet, quais sejam, acesso totalmente público sem discriminação, acesso pela iniciativa privada com tarifação, mas sem hierarquização dos serviços e, por fim, acesso pela iniciativa privada com hierarquização dos serviços<sup>24</sup>.

O acesso totalmente público compreende ao direito de todos os usuários acessarem a Internet de forma gratuita, como sendo um dever do ente público a garantia de acesso à rede. Entretanto, conforme afirma Cássio Brant:

É necessária a promoção e acesso a todos da rede, o que configura o elemento social, mas de outro modo é indispensável o âmbito econômico porque este circula riquezas. A rede, em certo aspecto, necessita da

19 CORTE ALEMÃ julga internet como serviço essencial. **Mundo Positivo**. 25 jan. 2013. Disponível em: <[http://www.mundo-positivo.com.br/noticias/brasil/20138626-corte\\_alema\\_julga\\_internet\\_como\\_servico\\_essencial.html](http://www.mundo-positivo.com.br/noticias/brasil/20138626-corte_alema_julga_internet_como_servico_essencial.html)> Acesso em: 25 jan. 2015.

20 REUTERS. **Mais da metade da população mundial não tem acesso à internet, diz relatório da ONU**. Op.cit.

21 Transmission Control Protocol (Protocolo de Controle de Transmissão) e o IP, Internet Protocol (Protocolo de Internet).

22 BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 24 ABR. 2014.

23 Idem.

24 BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p.98.

O que se quer dizer é que, por mais que se imponha ao poder público o dever de fornecer o acesso à Internet, é necessário ponderar que é através da remuneração dos serviços que se consegue melhorar a infraestrutura. Daí decorre a segunda corrente, a de que o acesso deve ser prestado pela iniciativa privada, mas com a precificação unitária. Nela não poderia haver distinção entre pacotes de serviço. Mas aí se incorre em um problema: um usuário assíduo pagaria o mesmo valor por um usuário esporádico; Um usuário que pouco aloca a Internet, pagaria o mesmo valor de um usuário que consome grande quantidade de dados.

Em razão dessa falta de isonomia é que se cunhou a terceira corrente<sup>26</sup>. Assim, segundo essa corrente, o acesso é prestado pela iniciativa privada, mas com a hierarquização dos serviços, o que significa que o provedor “pode criar tarifas diferenciadas pela alta qualidade do serviço, desde que os seus contratos de prestação de serviços não contenham cláusulas de exclusividade ou que haja monopólio”<sup>27</sup>.

O Brasil atualmente se filia à terceira corrente, pois o acesso é prestado pela iniciativa privada com a possibilidade de hierarquização dos serviços, sendo que para a Internet móvel é possível, inclusive, estabelecer franquia. Essa hierarquização diz respeito à navegação total pelo usuário, não podendo se falar em distinção entre qualquer tipo de conteúdo, por vedação expressa do artigo 9º do Marco Civil<sup>28</sup>. Assim, se diz que o sistema que se adota é o *end-to-end*, no qual “o controle da rede está nas pontas das transmissões de dados, ou seja, o usuário e o conteúdo acessado e não, nas mãos dos intermediários”<sup>29</sup>. Isso significa que a neutralidade garante que não se fará distinção nem de usuário nem de conteúdo, pois o provedor deverá garantir de forma isonômica o acesso. Claro que há a possibilidade de se prestar uma velocidade diferente aos usuários, o que deve estar previsto contratualmente, especificando a velocidade de navegação contratada e também o tamanho do tráfego a ser utilizado.

Há que se ressaltar que alguns tipos de serviço demandam uma maior alocação de banda e um certo imediatismo. É o caso de serviço de streaming, jogos online e vídeo chats. Nesses serviços, um pequeno atraso na conexão pode atrapalhar seu funcionamento. O mesmo não ocorre em serviços como o Email, por exemplo, no qual um pequeno atraso não implica na má utilização dos serviços. Nesse sentido, o inciso I do § 1º do artigo 9 do Marco Civil<sup>30</sup> permite a discriminação de tráfego para os casos em que se tenha algum requisito técnico indispensável à prestação dos serviços, como no caso de se priorizar a conexão para serviços de streaming em detrimento de serviços de Email. Evidente que essa priorização, ou como a lei coloca, essa discriminação ou degradação do tráfego, não poderá implicar em um mau funcionamento de determinado serviço. Outra hipótese de discriminação ou degradação do tráfego se refere aos serviços urgentes. Nesse caso há a possibilidade de se priorizar determinado tipo de

---

25 Idem, p. 100.

26 Conforme estudo elaborado pelo IDEC e pela PROTESTE, não há diferença em se fornecer Internet para um usuário assíduo e um usuário esporádico quando se trata de Internet fixa, pois o custo está em levar até estes a conexão, sendo que a velocidade não interfere no custo da operação. Sobre isso, ver: CRAIDE, Sabrina. OAB, Idec e Proteste criticam Anatel por não barrar franquia de internet fixa. **Agência Brasil**. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/oab-idec-e-proteste-criticam-anatel-por-nao-barrar-franquia-de-internet-fixa>>. Acesso em 10 nov. 2016.

27 BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Op.cit., p. 98/99.

28 BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014**. Op.cit.

29 BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Op.cit., p. 102.

30 BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014**. Op.cit.

serviço<sup>31</sup>.

O próprio Marco Civil<sup>32</sup> normatiza como pode ocorrer essa exceção ao princípio da neutralidade. Conforme disposto no §2º do artigo 9º, o provedor deve se abster de causar dano aos usuários, agir com proporcionalidade, transparência e isonomia, além de informar de maneira efetiva os usuários sobre as práticas adotadas. Ou seja, é possível que se mitigue a Neutralidade da rede, mas isso não pode implicar em prejuízo aos usuários. O que se quer garantir é o melhor funcionamento da rede, com a preponderância de serviços que realmente demandam uma menor latência.

Ao dizer que o Brasil adotou o sistema *end-to-end* para a neutralidade, afirma-se que não pode haver qualquer tipo de discriminação de conteúdo. Nesse sentido, o §3º do artigo 9º do Marco Civil normatiza que é “vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados”<sup>33</sup>. Ou seja, um provedor de conexão não deve analisar o conteúdo que ele leva ao usuário, mas tão somente prestar o serviço de intermediação.

Afirma-se, pois, que os provedores de conexão tão somente transportam os pacotes de dados. Isso porque uma informação na internet é dividida em diversos pacotes de tamanho menor pelo roteador TCP/IP, sendo enviado pelo remetente ao destinatário através do provedor de conexão. Assim, o provedor não pode inspecionar esses pacotes, devendo entregá-los ao destinatário sem qualquer tipo de interferência em seu conteúdo. Portanto, com a Neutralidade se terá uma internet neutra, sem priorização de serviços, conteúdos e usuários além de se evitar censura. Tanto que esse é um dos pilares do Marco Civil<sup>34</sup>.

## 4. POLÍTICAS DE AMPLIAÇÃO DO ACESSO

Diversos são os projetos que visam a conectividade do mundo. O presente trabalho busca investigar, através de uma revisão literária, três políticas existentes de ampliação do acesso à Internet, quais sejam, o Next 3b, o Internet.org do Facebook e o Plano Nacional da Banda Larga. O Next 3b, iniciativa da TATA Communications,<sup>35</sup> e o Internet.Org, que atualmente mudou sua nomenclatura para Free Basics e é mantido pelo Facebook, são iniciativas privadas. Por sua vez, o Plano Nacional da Banda Larga é mantido pelo governo brasileiro.

### 4.1. Next 3b

O Next 3b<sup>36</sup> é uma iniciativa da TATA Communications<sup>37</sup> que visa ampliar o acesso à internet. O Slogan utilizado é “Em menos de 10 anos, as próximas 3 bilhões de pessoas estarão conectadas à internet”<sup>38</sup> (tradução nossa). Informa a TATA Communications que levou mais de 40 anos para se conectar 3 bilhões de pessoas no mundo à internet e que o objetivo,, agora, é conectar as próximas 3 bilhões de pessoas em menos de 10

31 MELCHIOR, Sílvia Regina Barbuy. Neutralidade no Direito Brasileiro. MASSO, Del Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLOREN-CIO FILHO, Marco Aurélio. **Marco Civil da Internet – lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 134.

32 BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014**. Op.cit.

33 BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014**. Op. cit.

34 BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Op.cit., p. 99.

35 A TATA Communications é uma das principais provedoras de acesso à internet no mundo, fornecendo, inclusive, infra-estrutura para o seu acesso.

36 NEXT 3B. Disponível em <<http://next3b.com/>>. acesso em 06 out. 2016.

37 A TATA Communications é uma das principais provedoras de acesso de internet no mundo, fornecendo inclusive infra-estrutura para o seu acesso.

38 In less than 10 years the next 3 billion people will connect to the Internet.

anos. Trata-se, portanto, de uma iniciativa de caráter global que visa acelerar e viabilizar o crescimento social e econômico que vem da internet móvel em regiões em desenvolvimento. Acredita a TATA Communications que uma boa correlação entre treinamento para o uso de smartphones, aumento do acesso a esses produtos, bem como da ampliação da rede móvel de internet, aplicativos e conteúdos locais gera um fortalecimento financeiro com benefícios tanto no campo econômico, quanto no social. Ou seja, essa rede de correlações gera desenvolvimento sustentável, expansão de marketing, bens sociais, melhoria da subsistência, melhor acesso a saúde e oportunidades educacionais.

A TATA Communications visa parcerias com governos, ONGs e empresas privadas que tenham o objetivo de acabar com a marginalização que pode ocorrer com a falta de acesso a informações essenciais, as quais podem ser facilmente obtidas pela internet.

Um primeiro projeto foi lançado na primavera deste ano em parceria da TATA communications, Mastercard, Brightstar, Tone, Trickle Up, and Kiva. A ideia é fornecer smartphones com acesso à internet a 25 mil mulheres na Índia, Indonésia, Guatemala e Nigéria. Acredita-se que essa é uma forma de levar desenvolvimento social, saúde e educação não só a elas, mas a todo o núcleo familiar de que elas fazem parte. Segundo o site next 3b, pesquisas apontam que essa é uma forma de romper com um ciclo de pobreza<sup>39</sup>. Tem-se o objetivo, de até 2020, ampliar esse projeto para mais de 100 milhões de mulheres.

Essa iniciativa leva o acesso amplo e irrestrito à Internet, o que não pode ser visualizado como uma quebra do princípio da neutralidade, por mais que se trate de uma iniciativa privada. A preocupação nessa iniciativa é quanto aos dados pessoais dos usuários, que podem ser utilizados como mercadoria para gerar lucro, transformando o usuário em um produto<sup>40</sup>.

## 4.2 Internet.org by Facebook

O Internet.org é uma iniciativa do Facebook que pretende levar a internet aos 2/3 da população mundial que ainda não possuem acesso. Essa política tem por base os seguintes projetos: o Free Basics by Facebook; o Laboratório de Conectividade, Expresso WiFi by Facebook; além de outros projetos.

Segundo informações do site o Internet.org, a política do Facebook já conectou mais de 25 milhões de pessoas<sup>41</sup> e o Free Basic by Facebook já está disponível em 44 países espalhados pelas seguintes regiões: África e Oriente Médio<sup>42</sup>, Ásia<sup>43</sup> e América Latina<sup>44</sup>.

39 Disponível em < <http://next3b.com/100-million-women/>>.

40 Sobre isso, ver ALMEIDA, Juliana Evangelista de; ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. A Ditadura do Algoritmo e a Proteção da Pessoa Humana: uma análise do controle do Si eletrônico. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista do Tribunais, v.69, p. 29/46, 2016.

41 Disponível em < <https://info.internet.org/pt/impact/>>.

42 São os países e as operadoras de telefonia parceiras segundo informações do site Internet.org: Angola (Movitel), Benin (MTN), Cabo Verde (Unitel), República Democrática do Congo (Airtel, Tigo), Gabão (Airtel), Gana (Airtel), Guiné (Cellcom), Guiné-Bissau (MTN), Iraque (AsiaCell, Korek e Zain), Quênia (Airtel), Libéria (Cellcom), Malawi (Airtel e TNM), Mauritània (Mauritel), Moçambique (Mcel), Nigéria (Airtel), Nigéria (Airtel), Ruanda (Airtel), Senegal (Tigo), Seychelles (Airtel), África do Sul (Cell C), Tanzânia (Tigo e Airtel), Zâmbia (Airtel) - <https://info.internet.org/pt/story/where-weve-launched/>.

43 São os países e as operadoras de telefonia parceiras segundo informações do site Internet.org: Bangladesh (Grameenphone e Robi), Camboja (Smart Axiata), Indonésia (Indosat), Maldivas (Ooredoo), Mongólia (G-Mobile, Mobicom e Skytel), Myanmar (MPT), Paquistão (Telenor e Zong), Filipinas (Globe e Smart), Tailândia (DTAC e TrueMove), Timor-Leste (Telkomcel), Vanuatu (Telecom) - <https://info.internet.org/pt/story/where-weve-launched/>.

44 São os países e as operadoras de telefonia parceiras segundo informações do site Internet.org: Barbados (Digicel), Bolívia (Viva), Colômbia (Tigo), El Salvador (Digicel), Guatemala (Tigo), Jamaica (Digicel), México (Telcel e Virgin), Panamá (Digicel), Peru



O Free Basics by Facebook tem por objetivo fornecer, através de parcerias, acesso a determinados sites que tenham conteúdo relacionados à saúde, notícias, educação, informações locais, empregos, sem que seja cobrado pelo tráfego de dados. Informa o site do internet.org que 85% da população mundial vive em áreas que possuem cobertura de telefonia móvel<sup>45</sup>. Em contrapartida, sabe-se que o acesso a pacote de dados não é acessível a toda essa população, por isso, essa política de expansão oferecida pelo Facebook. Segundo o Facebook, o Free Basics by Facebook derruba três barreiras que impedem as pessoas de estarem conectadas à internet “economia, acesso e conscientização”<sup>46</sup>.

O Free Basics by Facebook conta com parceria tanto das operadoras de telefonia móvel, quanto de aplicativos ou sites que desejam participar da plataforma do Free Basics by Facebook. Em relação às operadoras de telefonia móvel, o Facebook oferece, conforme o site Internet.org, uma maneira sustentável para a oferta de seus serviços. Expõe que criará políticas de educação de modo a conscientizar os usuários do serviço da importância do acesso à internet. Assim é que afirma que “mais de 50% das pessoas que usam a Internet.org pagaram para ter acesso a mais dados e à Internet convencional em 30 dias”<sup>47</sup>. Já em relação a aplicativos e sites, informa que a plataforma do Free Basics by Facebook é aberta e pode trazer para esses provedores a possibilidade de expansão do seu público, aumentar seu impacto social e estabelecer sua marca em mercados que ainda estão em expansão. Contudo, para fazer parte a plataforma do Free Basics by Facebook é necessário concordar com as diretrizes de participação.

Nas diretrizes de participação do Free Basics by Facebook, em razão do fornecimento gratuito de tráfego de dados pelas operadoras móveis, os aplicativos/sites não poderão disponibilizar serviços de VoIP, vídeos, transferências de arquivos ou fotos com mais de 200 KB<sup>48</sup>.

O outro projeto que faz parte do Internet.org by Facebook é o Laboratório de Conectividade. Nesse projeto, o objetivo é desenvolver formas de levar acesso à internet a todas as comunidades do mundo, mesmo em locais sem acesso à internet móvel. Serão usadas tecnologias de drones de alta altitude e longa duração, satélites e laser. O Aquila – drone de alta altitude e longa duração do Facebook - fez seu primeiro voo teste em 21 de julho de 2016<sup>49</sup>.

A outra frente do Internet.org é o Express WiFi by Facebook, atualmente disponível na Índia. O objetivo nesse projeto é realizar parcerias com operadores de serviços de internet e empreendedores locais para expandir a conectividade em regiões nas quais não há serviços suficientes, segundo o site internet.org<sup>50</sup>. Nesse projeto, os empreendedores locais utilizaram o software oferecido pelo Facebook para conectar com seus vizinhos, em parcerias com provedores de internet.

O Free Basics by Facebook é controverso e mundo a fora discute-se sobre sua legalidade e sua possível violação ao princípio da neutralidade da rede. A Índia, recen-

---

(Entel), Suriname (Digicel), Trinidad e Tobago (Digicel) - <https://info.internet.org/pt/story/where-weve-launched/>.

45 Disponível em < <https://info.internet.org/pt/story/free-basics-from-internet-org/> >.

46 Disponível em < <https://developers.facebook.com/docs/internet-org/faq> >.

47 Disponível em < <https://info.internet.org/pt/story/mobile-operator-partnership-program/> >.

48 Disponível em < <https://developers.facebook.com/docs/internet-org/participation-guidelines> >.

49 VINHOLES, Thiago. **Aeronave não Tripulada do Facebook Decola nos EUA**. Disponível em <<http://airway.uol.com.br/aeronave-nao-tripulada-do-facebook-decola-nos-eua/>>. acesso em 06 out. 2016.

50 EXPRESS WiFi by Facebook. Disponível em <<https://info.internet.org/pt/story/expresswifi/>>. acesso em 06 out. 2016.

temente, proibiu o uso do Free Basics by Facebook, bem como de qualquer pacote de dados que permita o uso ilimitado, sem que haja gasto da franquia de dados, de um ou alguns aplicativos, conforme informação publicada no site GIZMUDO Brasil<sup>51</sup>. O Egito também proibiu a plataforma do Free Basics by Facebook, uma semana após a Índia<sup>52</sup>.

No Brasil, desde o ano passado, o Facebook tenta implementar as ferramentas do Internet.org. Contudo, o Ministério Público Federal (MPF) e o Comitê Gestor da Internet (CGI.br) já se posicionaram no sentido de ter cautela e ser necessária uma ampla discussão para a implementação dessa política no Brasil.

O Ministério Público Federal, em nota técnica,<sup>53</sup> informa que a política do Facebook não dá acesso efetivo à internet, apenas otimiza acesso a sua plataforma e de seus parceiros, de forma limitada. Trata-se, segundo o MPF, de uma amostra grátis de internet, já que o Facebook deixa claro que irá “educar” os usuários do Free Basics by Facebook sobre a necessidade de se ter acesso a internet e incentivá-los a adquirir um pacote de dados pago, o que fere o princípio da neutralidade da rede<sup>54</sup>.

Outro problema visualizado pelo MPF não é só em relação ao acesso apenas aos aplicativos e páginas do Facebook e de seus parceiros, mas em relação à limitação de tráfego de dados. Desta feita, aquilo que o Facebook julgar como tráfego excessivo não será dado acesso ao usuário. Como já se explicou, não será possível na plataforma do Free Basic by Facebook disponibilizar serviços de VoIP, vídeos, transferências de arquivos ou fotos com mais de 200 KB.

O CGI.br discutiu<sup>55</sup>, por diversas vezes em reuniões, sobre o projeto do Internet.org, mas não criou um documento oficial manifestando-se sobre o assunto, apenas o que consta e atas de reunião. Informou que o CGI.br não é responsável por interferir nos planos de negócios do Facebook, mas que se preocupa com o referido projeto. Ainda, o Internet.org, como afirmado pelo Facebook, não é uma tentativa de parceria com governos federais para a implementação de políticas públicas. Trata-se de um plano de negócios privados, que acontecerá independente de parcerias com governos dos países. O CGI.br diz-se preocupado com a possível violação de seu decálogo, segundo o qual o acesso à internet deve ser universal e irrestrito a qualquer conteúdo que seja publicamente disponível; que a Internet deve ser livre e aberta e que deve ser assegurada aos usuários a privacidade. O fato é que o Internet.org parece violar esses princípios, por fornecer acesso a conteúdos limitados e de certos parceiros.

### 4.3 Plano Nacional de Banda Larga

No Brasil, em 2010, o decreto 7175 instituiu o Plano Nacional de Banda Larga com o objetivo de massificar o acesso à internet em todo o país, principalmente nas

51 CONDLIFFE, Jamie. **Plataforma do Facebook que oferece internet grátis limitada é proibida na Índia**. Disponível em <<http://gizmodo.uol.com.br/facebook-internet-gratis-india/>>. acesso em 06 out. 2016.

52 KNIBBS, Kate. **A Week After India Banned It, Facebook's Free Basics Shuts Down in Egypt**. Disponível em <<http://gizmodo.com/a-week-after-india-banned-it-facebooks-free-basics-s-1750299423>>. acesso em 06 out. 2016.

53 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica MPF**. Disponível em <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/NOTA\\_TECNICA\\_No02\\_2015\\_DA%202a%20E%203a%20CAMARA%20DE%20COORDENACaO%20E%20REVISaO\\_3.pdf/view](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/NOTA_TECNICA_No02_2015_DA%202a%20E%203a%20CAMARA%20DE%20COORDENACaO%20E%20REVISaO_3.pdf/view)> Acesso em 02 dez. 2015.

54 Por mais que o Internet.Org tenha contribuído para o acesso à Internet, ele se mostra uma iniciativa contrária à neutralidade da rede, pois o acesso não é irrestrito, mas direcionado pelo Facebook. Um ponto positivo do Internet.Org é a comunicação entre refugiados, o que se mostrou na crise mundial no ano de 2016. Através da ferramenta disponibilizada pelo Facebook, muitos refugiados conseguiram notícias da família. Ver: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2015/09/1687424-facebook-anuncia-projeto-para-levar-internet-a-campos-de-refugiados.shtml>>.

55 Ver <http://www.cgi.br/reunioes/ata/2015/07/31> e <http://cgi.br/reunioes/ata/2015-06-12>.

regiões mais pobres. Para tanto, foi firmado um termo de compromisso com vigência até dezembro deste ano entre o Ministério das Comunicações, a Anatel, o Grupo Oi, a Algar, a Telefônica e a Sercomtel. Conforme informações do site da Anatel<sup>56</sup> o termo de compromisso tem as seguintes metas:

**Oferta Varejo, em 5.385 municípios:**

- Oferta de Internet banda larga com 1 Mbps de velocidade por no máximo R\$ 35 mensais, independente da contratação de qualquer outro serviço.
- Oferta de pacote de telefone fixo e internet banda larga com velocidade de 1Mbps por no máximo R\$ 69,90 mensais.

**Oferta via Satélite, conforme demanda, nos 185 municípios com previsão de atendimento apenas por satélite:**

- Disponibilização de forma gratuita, sob demanda, de um link de acesso em banda larga com 2 Mbps para um posto público de acesso coletivo à Internet até 20.000 habitantes, mais o atendimento de 1 posto adicional para cada 10.000 habitantes, com o limite de 6 postos no total por localidade sede de município, enquanto essas sedes não forem atendidas por rede terrestre de transporte de telecomunicações.

**Oferta Atacado, em 4.161 municípios:**

- Oferta de serviço de telecomunicações de transmissão para suporte à oferta de acesso à Internet em banda larga para prestadores de SCM autorizados pela Anatel e inscritos no Simples, e também para Municipalidades autorizadas pela Anatel.<sup>57</sup>

Até o primeiro trimestre de 2016, no varejo foram atendidos 20 municípios no Acre, 102 municípios no Alagoas, 4 no Amazonas, 6 no Amapá, 414 na Bahia, 184 no Ceará, Brasília, 78 no Espírito Santo, 246 no Goiás, 214 no Maranhão, 852 em Minas Gerais, 78 no Mato Grosso do Sul, 134 no Mato Grosso, 71 no Pará, 224 na Paraíba, 184 em Pernambuco, 221 no Piauí, 399 no Paraná, 92 no Rio de Janeiro, 168 em Rio Grande do Norte, 52 em Rondônia, 7 em Roraima, 496 no Rio Grande do Sul, 293 em Santa Catarina, 75 em Sergipe, 784 em São Paulo, o que totaliza 5399 municípios atendidos em todo Brasil. Restam apenas 170 municípios a serem atendidos<sup>58</sup>.

Em relação à oferta via satélite, das 185 cidades previstas, apenas em uma já se encontra efetivada, Município de Novo Airão no Amazonas. Segundo os dados da Anatel 170 cidades aguardam atendimento.

No Atacado, todos os 4161 municípios envolvidos no termo de compromisso já foram atendidos.

Apesar da implementação dessa política do governo federal, afirma a Carta Capital que mais de 38,4 milhões de casas em todo o país ainda estão sem acesso à internet. O Projeto vem sendo pouco divulgado, fazendo com que a população não saiba da existência do serviço<sup>59</sup>.

No que se refere à neutralidade da rede, como é fornecido acesso amplo sem a distinção de conteúdo, acredita-se que não há violação de tal princípio. Entretanto, a grande crítica que se tem feito a esse tipo de projeto é que levar apenas a estrutura não é suficiente. Hoje, parte importante no uso da internet é a velocidade de seu acesso,

56 PLANO Nacional de Banda Larga. **Anatel**. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/setorregulado/plano-nacional-de-banda-larga>>. acesso em 06 out. 2016.

57 Idem.

58 Idem.

59 VOCÊ sabe o que é o Programa Nacional de Banda Larga?. **Carta Capital**. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/especiais/infraestrutura/voce-sabe-o-que-e-o-programa-nacional-de-banda-larga>>. acesso em 06 out. 2016.

uma vez que, a depender da informação trafegada na rede, havendo baixa velocidade de dados, inviável se torna o seu acesso.

## 5. CONCLUSÃO

A investigação demonstrou que a Internet pode ser considerada um bem essencial, sendo o seu acesso um direito fundamental. Nesse sentido, é preciso que se universalize o acesso à internet, posto que aproximadamente metade da população mundial não está conectada. Afirmou-se que em países desenvolvidos o acesso é muito mais amplo do que em países em desenvolvimento.

Nesse sentido, surgem algumas políticas de inclusão digital que têm como objetivo ampliar o acesso à essa camada da população que ainda não tem. Entretanto, questionou-se a possibilidade de tais políticas ferirem o princípio da neutralidade. Assim, foi feita uma abordagem de tal princípio.

A pesquisa demonstrou que o princípio da neutralidade se refere à não distinção na transmissão de dados na Internet. Isso porque, para se transferir uma informação entre um remetente e um destinatário, o roteador TDP/IP a quebra em diversos pequenos pacotes, os quais são transportados pelo provedor de conexão até o provedor de Backbone. Portanto, para que se tenha uma Internet neutra é preciso que não exista discriminação entre esses pacotes, ou seja, que o provedor não somente transporte a informação, não analisando o conteúdo. Daí se afirmou que a neutralidade depende de um sistema *end-to-end*, ou seja, que o controle esteja nas bordas. Assim, apenas os usuários e provedores de conteúdo é que irão dizer o que deverá ser transmitido, não cabendo ao provedor de conexão tal função.

Ainda, a pesquisa trouxe as três correntes de acesso à Internet, quais sejam, a do acesso público, privado com hierarquização dos serviços e privado sem hierarquização dos serviços. Mostrou-se que atualmente o Brasil adota a terceira corrente para a conexão de banda larga fixa.

A investigação abordou três políticas: o Next 3b, o Internet.Org e o Plano Nacional da Banda Larga. O Next 3b é uma iniciativa da TATA Communications e trata-se de uma iniciativa de caráter global que visa acelerar e viabilizar o crescimento social e econômico que vem da internet móvel em regiões em desenvolvimento. Acredita a TATA Communications que a disseminação da Internet gera desenvolvimento sustentável, expansão de marketing, bens sociais, melhoria da subsistência, melhor acesso a saúde e oportunidades educacionais.

Como a TATA Communications fornece acesso amplo à Internet, sem discriminar o conteúdo a ser acessado pelo usuário, acredita-se que não há violação do princípio da neutralidade – objeto de análise deste artigo. O mesmo acontece com o Plano Nacional de Banda Larga, instituído no Brasil em 2010 pelo decreto 7175, que tem como objetivo massificar o acesso à internet em todo o país, principalmente nas regiões mais pobres. Através dessa política pública, são concedidos benefícios aos cidadãos brasileiros para que se conectem à internet.

No entanto, é controversa a iniciativa mantida pelo Facebook. O Internet.org tem por base os seguintes projetos: o Free Basics by Facebook; o Laboratório de Conectividade, Expresso WiFi by Facebook; entre outros.

No Free Basics by Facebook, como é dado ao usuário acesso apenas a parte do conteúdo, acredita-se que não se tem uma Internet neutra, pois há discriminação dos pacotes. Isso se evidencia pois o Facebook concede ao usuário acesso tão somente à uma plataforma própria, que tem conteúdo próprio e de parceiros, além de diversas outras restrições evidenciadas nesta pesquisa. Assim sendo, acredita-se que essa frente do Internet.Org é contrária à neutralidade da rede. É como se fosse uma amostra grátis da Internet, apenas um pequeno pedaço da rede fica disponível aos usuários.

Há um conflito claro entre o interesse econômico na Internet com a necessidade de se ampliar o acesso. Evidente que deve existir uma remuneração dos serviços quando prestados por terceiros, o que não exclui a possibilidade de uma política pública efetiva que vise garantir o acesso aos cidadãos necessitados.

Assim, conclui-se que a disseminação do acesso, em alguns casos, como no Free Basyc by Facebook, pode ser contrária à neutralidade da rede, o que é prejudicial aos usuários. É imperioso que se garanta uma Internet neutra, por meio da governança. A Internet é um fenômeno transnacional, ou seja, não possui barreiras físicas, e com a Governança se garante o uso cada vez mais livre e sem censura da Internet, tendo em vista a atuação multi-setorial dos atores na formulação das normas, princípios, usos e costumes nos diversos aspectos da Internet, garantindo sempre a neutralidade, que, inclusive, é um dos pilares do Marco Civil da Internet.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de; ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. A Ditadura do Algoritmo e a Proteção da Pessoa Humana: uma análise do controle do Si eletrônico. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista do Tribunais, v.69, p. 29/46, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 24 ABR. 2014.

CHANDER, Anupam. Domínio no Espaço Cibernético. In: LEMOS, Ronaldo. WAISBERG, Ivo. **Conflitos Sobre Nomes de Domínio e Outras Questões Jurídicas da Internet**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31/132.

CONDLIFFE, Jamie. **Plataforma do Facebook que oferece internet grátis limitada é proibida na Índia**. Disponível em <<http://gizmodo.uol.com.br/facebook-internet-gratis-india/>>. acesso em 06 out. 2016.

CORTE ALEMÃO julga internet como serviço essencial. **Mundo Positivo**. 25 jan. 2013. Disponível em: <[http://www.mundopositivo.com.br/noticias/brasil/20138626-corte\\_alema\\_julga\\_internet\\_como\\_servico\\_essencial.html](http://www.mundopositivo.com.br/noticias/brasil/20138626-corte_alema_julga_internet_como_servico_essencial.html)> Acesso em: 25 jan. 2015.

EXPRESS WiFi by Facebook. Disponível em <<https://info.internet.org/pt/story/expresswifi/>>. acesso em 06 out. 2016.

FERNANDES. Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.



FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREE Basics by Facebook. Disponível em <<https://info.internet.org/pt/story/free-basics-from-internet-org/>>. acesso em 06 out. 2016.

GOULART, Guilherme Damásio. **O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Humanos e Fundamentais: O Acesso à Internet e a Liberdade de Expressão**. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2156402](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2156402); Acesso em 14 mar. 2016.

KNIBBS, Kate. **A Week After India Banned It, Facebook's Free Basics Shuts Down in Egypt**. Disponível em <<http://gizmodo.com/a-week-after-india-banned-it-facebooks-free-basics-s-1750299423>>. acesso em 06 out. 2016.

MELCHIOR, Silvia Regina Barbuy. Neutralidade no Direito Brasileiro. MASSO, Del Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Marco Civil da Internet - lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 99-137.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica MPF**. Disponível em <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/NOTA\\_TECNICA\\_No02\\_2015\\_DA%202a%20E%203a%20CAMARA%20DE%20COORDENACaO%20E%20REVISaO\\_3.pdf/view](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/NOTA_TECNICA_No02_2015_DA%202a%20E%203a%20CAMARA%20DE%20COORDENACaO%20E%20REVISaO_3.pdf/view)> Acesso em 02 dez. 2015.

NEXT 3B. Disponível em <<http://next3b.com/>>. acesso em 06 out. 2016.

NOSSO IMPACTO. Disponível em <<https://info.internet.org/pt/impact/>>. acesso em 06 out. 2016.

ONU. **10 Direitos e Princípios da Internet**. Disponível em <[http://internetrightsandprinciples.org/pdf/10IRP\\_Portuguese.pdf](http://internetrightsandprinciples.org/pdf/10IRP_Portuguese.pdf)> acesso em 06 out. 2016.

PERGUNTAS frequentes sobre Free Basics. Disponível em <<https://developers.facebook.com/docs/internet-org/faq>>. acesso em 06 out. 2016.

PLANO Nacional de Banda Larga. **Anatel**. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/setorregulado/plano-nacional-de-banda-larga>>. acesso em 06 out. 2016.

REUTERS. **Mais da metade da população mundial não tem acesso à internet, diz relatório da ONU**. Tecnologia, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/mais-da-metade-da-populacao-mundial-nao-tem-acesso-internet-diz-relatorio-da-onu-17557878>>. Acesso em 14 mar. 2016.

VINHOLE, Thiago. **Aeronave não Tripulada do Facebook Decola nos EUA**. Disponível em <<http://airway.uol.com.br/aeronave-nao-tripulada-do-facebook-decola-nos-eua/>>. acesso em 06 out. 2016.

VOCÊ sabe o que é o Programa Nacional de Banda Larga?. **Carta Capital**. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/especiais/infraestrutura/voce-sabe-o-que-e-o-programa-nacional-de-banda-larga>>. acesso em 06 out. 2016.

# JOGOS DIGITAIS E NOVAS TECNOLOGIAS: A RELAÇÃO COM A DIMENSÃO SOCIAL ATUAL

Lukas de Farias Sasaki<sup>1</sup>

Marcos Henrique Costa Leroy<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O tema a ser trabalhado trata da influência dos jogos digitais na busca pela inclusão social de diferentes grupos, como os de baixo acesso às instituições e oportunidades de trabalho e educação. Assim, objetiva-se o estudo prático da realidade digital brasileira e mundial, analisando como a interação dos videogames e a internet contribuiu para criar novas possibilidades de conectividade e inserção de grupos, por vezes marginalizados em seu próprio ambiente social.

Nesse ínterim, faz-se crucial compreender a demanda por novas formas de pensamento e tecnologias que contribuam para a mudança de aspectos sociais até então vistos como solidificados em diferentes sociedades ao redor do globo. Objetiva-se aqui não apenas sinalizar os avanços que vêm ocorrendo nos últimos tempos com a inserção de jogos digitais na vida cotidiana, mas também elucidar as barreiras ainda hoje existentes e avaliar possíveis soluções para problemas presentes nas micro e macro comunidades em relação aos jogos digitais e novas tecnologias.

## 2. DISCUSSÃO OU DESENVOLVIMENTO

### 2.1. Inclusão social dos gamers

A expansão da conectividade por meio de jogos digitais perpassa por diversos fatores alcançados por essa nova tecnologia. Nesse sentido, a maior questão deste estudo é a forma como os usuários, ou os gamers, utilizam essa plataforma em seus respectivos cotidianos e como pode ser utilizada como maximizadora da experiência. Diante disso, são observados diversos setores marginalizados. Existem duas formas diferentes e importantes para analisar a questão: pela exclusão social ou pela inclusão social.

Whereas social exclusion deals with the identification and understanding of the different barriers and issues that hamper the full participation of individuals in society, social inclusion consists of the delivery of the necessary opportunities and resources to ensure the full societal participation of individuals.<sup>3</sup>

Com essa diferença em mente, atenta-se para o dever legal de igualdade e inclusão de toda a sociedade. Não é um procedimento fácil, que envolve diferentes

---

1 Lukas de Farias Sasaki é graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) e membro do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (gPI), ambos da FDUFG. E-mail: lfsasaki@gmail.com

2 Marcos Henrique Costa Leroy é graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE), membro do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet) e coordenador-membro do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (gPI), todos da FDUFG. E-mail: mhcleroy@hotmail.com.

3 BLEUMERS, Lizzy et al. State of play of digital games for empowerment and inclusion: a review of the literature and empirical cases. **European Commission. Doi**, v. 10, 2012, p. 13. “Considerando a exclusão social lida com a identificação e compreensão das diferentes barreiras e questões que dificultam a plena participação dos indivíduos na sociedade, a inclusão social consiste na entrega das oportunidades e recursos necessários para garantir a plena participação societária dos indivíduos” (tradução nossa).

questões únicas de cada pessoa, desde educação até trabalho – que serão analisados de maneira mais aprofundada ao longo deste artigo. Contudo, nunca se pode deixar de refletir sobre a promoção da inclusão social e evitar a exclusão social como objetivos cruciais para o contexto dos jogos digitais.

Nesse sentido, deve ser intrínseca a motivação do uso dos jogos digitais como forma de inclusão social. A partir disso, todos os aspectos que envolvem o equilíbrio das desigualdades se tornam circunstâncias a serem buscadas e incentivadas pela e para a sociedade.

Outro aspecto relevante que abrange o tema é conhecido como empoderamento. Sendo uma outra faceta do plano pessoal influenciado pelos jogos digitais, o empoderamento social comporta diferentes processos individuais de conhecimento próprio e participação na sociedade, de forma a gerar uma internalização e uma externalização dessas perspectivas trazidas pelos games.

Empowerment is also often seen as a **process of change and development** that consists of four main stages: entry, advancement, incorporation and commitment. The first stage – entry – refers to motivational aspects that need to be present at individual level. The second stage – advancement – in which the motivational aspects to become empowered are elaborated, is strongly influenced by the existence of some kind of mentoring relationship within the immediate community of the individual. The third stage – incorporation – focuses on the development of a growing political consciousness and the willingness to become involved. The final stage – commitment – refers to the effective attainment of empowerment and encompasses the situations in which an individual applies his renewed competencies in his day-to-day life.<sup>4</sup>

Essa noção de empoderamento perpassa pelo assunto de inclusão, assim como de sociabilidade, força pessoal e responsabilidade comunitária. A interação criada de forma positiva dessas concepções pode auxiliar na estimulação e suporte para usuários de jogos digitais em seu desenvolvimento e capacidades pessoais diante de conteúdos sociais.

### 2.1.1. Inclusão Social em diferentes idades, gêneros e etnias

Ampliando ainda mais o espectro da inclusão e empoderamento, esses dois dependerão da acessibilidade e representatividade dos jogos digitais em diferentes idades, gêneros e etnias. Isso porque há uma tendência de comparação entre os grupos que participam para criar sua importância e envolvimento social, ou seja, sua identificação com o que se passa nos jogos diante da vida real.

Therefore it is important to study how different societal groups are represented in games, because they could have an impact on enjoyment in playing the game and on the effectiveness of the use of games for empowerment and inclusion.<sup>5</sup>

---

4 *Idem*, p. 21 “O empoderamento também é visto como um processo de mudança e desenvolvimento que consiste em quatro etapas principais: entrada, avanço, incorporação e compromisso. A primeira etapa - entrada - refere-se a aspectos motivacionais que precisam estar presentes no nível individual. O segundo estágio - o avanço - no qual os aspectos motivacionais para se tornarem capacitados são elaborados, é fortemente influenciado pela existência de algum tipo de relacionamento de tutoria na comunidade imediata do indivíduo. A terceira etapa - incorporação - centra-se no desenvolvimento de uma crescente consciência política e na vontade de se envolver. A etapa final - compromisso - refere-se à efetiva realização do empoderamento e engloba as situações em que um indivíduo aplica suas competências renovadas no seu dia-a-dia” (tradução nossa).

5 *Idem*, p. 33. “Portanto, é importante estudar como diferentes grupos sociais são representados nos jogos, porque eles poderiam ter um impacto sobre o prazer em jogar o jogo e sobre a eficácia do uso de jogos para o empoderamento e a inclusão” (tradução nossa).

Pode-se, por exemplo, observar o aumento expressivo de adultos e idosos utilizando as plataformas digitais para entretenimento, em especial os games. Algo que antes era considerado de crianças e jovens, se tornou uma indústria que abarca diferentes tipos de faixas etárias, até mesmo colaborando socialmente e para a saúde física e mental no envelhecimento da população.

Successful aging, according to Rowe and Kahn (1998) is associated with high levels of physical health, cognitive health, and social engagement. Participating in the fun culture in online communities can keep seniors socially engaged even when their offline social networks shrink due to friends' disabilities and deaths. It also contributes to their cognitive health, as many of the games require activating cognitive abilities.<sup>6</sup>

## 2.1.2. Inclusão social para estrangeiros e aprendizagem de língua estrangeira

Em seguida, observa-se a importância da inclusão para estrangeiros, que sejam imigrantes ou NEET's (sem formação educacional, emprego ou treinamento - "not in education, employment or training") que envolve ainda mais questões, desde a língua, comportamento e até cultura. Para aqueles que vivenciam um choque de realidade de mudança de país como os imigrantes, as diferenças de hábito podem trazer diversas consequências e sua inclusão pode passar por diferentes formas, como por meio de jogos digitais.

Um estudo experimental feito sobre o tema buscou diferentes tipos de jogos e a interação entre os usuários e a aprendizagem da língua. Ao realizá-lo, diligenciou-se para obter informações sobre a efetiva experiência dos jogos, o aprendizado percebido, atitude dos participantes diante do aprendizado por meio dos games, a frequência do uso de jogos digitais, além da proficiência na língua em estudo - no caso, alemão -, comparando entre "gamers" e "non-gamers".

The main finding of this study is the influence of non-game related characteristics on the game and learning experience. Despite the variation in the type of games that were used during this experiment, a substantial part of the variation of these experiences is explained by the attitude towards learning with games and being a gamer or not.<sup>7</sup>

## 2.1.3. Inclusão social no ambiente escolar

Não apenas compreendendo a importância de games para adultos, idosos e imigrantes, é necessário avaliar a forma como eles se entrelaçam também no cotidiano de crianças e adolescentes. De maneira previsível, a escola adquire um papel fundamental no fomento por atividades inclusivas e integradoras, desde os primeiros estágios da formação cognitiva, alicerçando maior envolvimento e quebrando preconceitos.

---

6 NIMROD, Galit. The fun culture in seniors' online communities. *The Gerontologist*, v. 51, n. 2, p. 226-237, 2011. "Envelhecimento bem sucedido, de acordo com Rowe e Kahn (1998) está associado com níveis elevados de saúde física, saúde cognitiva e engajamento social. Participando da fun culture em comunidades on-line pode manter os idosos socialmente engajados, mesmo quando suas redes sociais offline encolhem devido a deficiência e as mortes dos amigos. Também contribui para a sua saúde cognitiva, pois muitos dos jogos exigem a ativação de habilidades cognitivas." (tradução nossa).

7 DE GROVE, Frederik; VAN LOOY, Jan; MECHANT, Peter. Comparing the potential of commercial off-the-shelf and educational video games for adult foreign language education: An experimental study. In: **Proceedings of the 7th European Conference on Management Leadership and Governance: ECGBL 2011**. Academic Conferences Limited, 2011. p. 9 "O principal achado deste estudo é a influência de características não relacionadas ao jogo no jogo e na experiência de aprendizagem. Apesar da variação no tipo de jogos que foram utilizados durante este experimento, uma parte substancial da variação dessas experiências é explicada pela atitude em relação à aprendizagem com jogos e ser um jogador ou não." (tradução nossa).

Em termos de educação, cada vez mais mostra-se mais necessária a inclusão digital na formação dos mais novos. Os jogos digitais, portanto, se destacam na forma de engajamento e motivação de alunos, podendo ser utilizado de diferentes formas para melhorar o aprendizado escolar.

Apesar da dificuldade inicial de aceitação, os jogos têm se revelado uma ferramenta lógica e positiva para a prática de certas habilidades. Além de aprender diferentes estratégias para resolver um problema e adquirir conhecimento social, essa forma de experiência digital gera uma consequência positiva ao longo prazo: maior fixação do conteúdo.

**Table 1: Areas of Learning in Which Videogames Can Contribute**

Areas	Aspects videogames can contribute
Personal and social development	Provide interest and motivation to learn; Maintain attention and concentration.
Language and literacy	Encourage children to explain what is happening; Use talk to organize, sequence and clarify thinking, ideas, feelings and events.
Mathematical development	Use everyday words to describe position.
Creative development	Respond in a variety of ways; Use their imagination in art and design music, and stories.
Knowledge and understanding of the world	Use early control software to investigate direction and control.
Physical development	Fine motor control can be developed with the increased refinement in using a mouse for navigation and selecting objects.

*McFarlane, 2002, p. 13-14*

Contudo, deve-se ter atenção a de alguns pontos como: tempo organizacional – tempo necessário para realizar a atividade pode ser muito longo ser ineficiente em sala de aula; diferenças individuais – diferentes alunos respondem de diferente modo ao jogo, principalmente para alunos mais avançados; transferência, contexto e complexidade de aprendizagem – como é criado o jogo e como é repassado o aprendizado aos alunos; e o papel dos professores para apoiar e de fato utilizar essa tecnologia como método de aprendizagem

Com seu papel educador – não só em sala de aula, mas também de vivência em comunidade -, a escola tem um papel crucial na formação infanto-juvenil, de forma a criar um ambiente mais saudável e interativo de instrução e aquisição de conhecimento de maneira inclusiva, envolvendo diferentes níveis de participação de cada agente:

Sendo os jogos digitais considerados uma ferramenta positiva para utilização em sala de aula, citada tanto pelo corpo docente quanto discente, é preciso modificar a postura da escola para envolver a utilização destas tecnologias no cotidiano das aulas, de acordo com a realidade vivenciada pela comunidade escolar, mas que envolva os alunos e professores nesta imersão de diferentes metodologias aplicadas à educação com auxílio das tecnologias.<sup>8</sup>

8 FERREIRA, Graça Regina Armond Matias; DE OLIVEIRA PEREIRA, Sandra Lúcia Pita. Jogos Digitais no Ensino Formal em Escolas da Rede Pública: Possibilidades e Interações. **Simpósio em tecnologias digitais e sociabilidade**, p. 12, 2013.



Partindo dessa perspectiva, alguns autores estudam a importância dos jogos digitais conhecidos como “Serious Games” (SG) – equivalente a Jogos Sérios – ou Game Based Learning (GBL) – equivalente a Jogos Baseados em Aprendizagem. Assim, recebem ênfase jogos que, para eles, vão além do entretenimento, ou que têm seu uso e percepção própria do jogador, de forma a persuadi-lo e motivá-lo a adquirir de forma central o conhecimento.

Outros, não obstante, também acreditam existir importância dos jogos direcionados para venda comercial como parte do aprendizado escolar. Para eles, da mesma forma que se analisa um filme para aprendizagem histórica e produção de uma crítica por exemplo, os jogos comerciais podem ser considerados como teorias ou modelos de conteúdo de estudo em sala de aula de forma a julgar sua validade e fazer críticas em games como SimCity ou Civilization, por exemplo.

#### 2.1.4. Experiências sociológicas envolvendo jogos digitais e inclusão social e o papel de organizações públicas e privadas

Na linha de pensamento de inclusão social e utilização de jogos digitais que propõe diferentes experiências, um dos maiores fenômenos sociológicos envolvendo jogos ocorreu recentemente com o aplicativo Pokemon Go. Nele, o usuário é induzido a participar intrinsecamente com o ambiente real para atingir os objetivos do jogo (prática que está em grande ascensão, mas ainda pouco vista, em geral, na produção de games). De forma ainda mais intensa, seu espectro de público e base de jogadores superou qualquer expectativa de maneira global, afetando até mesmo práticas e ambientes diários das pessoas diante da enorme repercussão diante desse jogo.

O jogo está sendo usado como terapia para crianças hospitalizadas saírem dos leitos e se divertir, pessoas depressivas que viram no jogo uma válvula de escape para sair e socializar, milhares de pessoas estão se conhecendo e conversando fora das telinhas de seus smartphones e computadores, estão ‘descobrimdo’ sua cidade, estão redescobrimdo a maneira de fazer amigos no ‘quintal’...Quando a internet se expandiu e as redes sociais ganharam mais tempo na vida das pessoas, muito se falou, e essa mesma gente que resistiu acabou se entregando e hoje faz parte constante da rede. Nada é totalmente bom, mas também não é totalmente ruim e cada um escolhe o que quer ver.<sup>9</sup>

Introduzir uma nova realidade imersa em jogos promove cada vez mais interações sociais entre jogadores com outras pessoas e com o ambiente ao redor. Um outro exemplo é o jogo em desenvolvimento chamado DIO (Digital Information Operative), no qual o principal objetivo é o mapeamento de câmeras de vigilância em áreas urbanas de forma colaborativa, o que perpassa por assuntos complexos e sensíveis como vigilantismo e privacidade, demonstrando a necessidade constante da discussão desses assuntos que vão para além do simples entretenimento que envolve a experiência do jogo.

Para além da denúncia e do debate público sobre a vigilância, que também são necessários, é preciso desenvolver estratégias e ferramentas que permitam à sociedade perceber sua presença e impactos na vida cotidiana e coletiva.<sup>10</sup>

Além disso, os jogos digitais possuem outro item importante que também

9 CABRAL, Guilherme J.; **Temos que pegar, temos que falar: Pokémon**. InfocoTech. 05 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.infocotech.com/2016/08/temos-que-pegar-temos-que-falar-pokemon.html>>. Acesso em: 16/10/16.

10 DE ALMEIDA EVANGELISTA, Rafael et al. DIO: um jogo em dispositivos móveis para mapear câmeras de vigilância| DIO: a mobile game to map surveillance cameras. **Liinc em Revista**, v. 12, n. 2, 2016, p. 331.

abrange inclusão social: contribuição para mudança social. Nesse viés, os jogos podem possuir uma capacidade transformadora nas pessoas em termos de engajamento e aprendizagem social, utilizados atualmente como uma ferramenta estratégica de diversas organizações para adoção de diferentes pontos de vista e maior divulgação pela potencial capilaridade dos serviços por meio dos jogos.

We believe that digital games do have the potential to build awareness, teach, train, mobilize, and engage people in advancing positive social change. Furthermore, we believe that there is a clear and present need for several sector-wide interventions in order to ensure that the field can continue to grow and be effective for social change.<sup>11</sup>

Nesse sentido, os jogos digitais podem ser criados por iniciativa dos desenvolvedores com intuito de aprendizagem de problemas reais mundiais por meio do jogo. Visto como uma forma de persuasão e mudança social, essas experiências podem ser associadas com organizações sociais que possuam mesmo caráter e possa auxiliar na divulgação dessa iniciativa:

Games for change can be more effective at reaching an audience and gaining traction if associated with a larger initiative. Smart partnering with credible, like-minded organizations can be a way to maximize the impact a game may have. Furthermore, collaboration and community features in a game's website can dramatically increase the engagement factor of interested citizens.<sup>12</sup>

Em consonância, os governos, organizações não governamentais e outros órgãos possuem um papel importante de promoção e garantia por meio dos esforços públicos e privados para a dimensão de todas essas questões sociais. Um exemplo é a tentativa de inclusão tecnológica no município de Pirai que envolve diversos agentes públicos e privados em termos de inclusão social:

After collecting data in Pirai related to its digital program, interviewing several inhabitants, public administrators and merchants based in the municipality, with respect to their perceptions regarding this endeavor and analyzing this material vis-à-vis the digital inclusion model developed via the actor-network theory, it can be concluded that digital inclusion is a reality in Pirai, despite the fact that its effects do not benefit all segments of the society equally. The municipality presents different levels of appropriation of the advantages of information technology (IT), from the municipal executive body, students and teachers of the public school system – who have already progressed with the incorporation of IT in their daily lives – to the general public, including tradespeople and entrepreneurs, who are still far from reaping the full benefits of the digital inclusion movement.<sup>13</sup>

---

11 STOKES, Benjamin; SEGGEMAN, Suzanne; REJESKI, David. **For a better world: Digital games and the social change sector**. 2010, p. 3. “Acreditamos que os jogos digitais têm o potencial de conscientizar, ensinar, treinar, mobilizar e envolver as pessoas no avanço da mudança social positiva. Além disso, acreditamos que existe uma necessidade clara e presente de várias intervenções setoriais, a fim de assegurar que o campo possa continuar a crescer e ser eficaz para a mudança social” (tradução nossa).

12 SWAIN, Chris. Designing games to effect social change. In: **Proceedings of DiGRA 2007 Conference, Situated Play**. p. 24-28, 2007, p. 25. “Os jogos para a mudança podem ser mais eficazes em alcançar uma audiência e ganhar a tração se associado com uma iniciativa maior. Parcerias inteligentes com organizações credíveis e com ideias semelhantes podem ser uma maneira de maximizar o impacto que um jogo pode ter. Além disso, os recursos de colaboração e comunidade no site de um jogo podem aumentar dramaticamente o fator de engajamento dos cidadãos interessados” (tradução nossa).

13 TELES, Adonai; JOIA, Luiz Antonio. Assessment of digital inclusion via the actor-network theory: The case of the Brazilian municipality of Pirai. **Telematics and Informatics**, v. 28, n. 3, p. 191-203, 2011. P. 191. “Após a coleta de dados em Pirai relacionados ao seu programa digital, entrevistando vários habitantes, administradores públicos e comerciantes com sede no município, com relação às suas percepções sobre este empreendimento e analisando esse material em relação ao modelo de inclusão digital desenvolvido através da teoria ator-rede, pode-se concluir que a inclusão digital é uma realidade em Pirai, apesar de seus efeitos não beneficiarem todos os segmentos da sociedade igualmente. O município apresenta diferentes níveis de apropriação das vantagens da tecnologia da informação (TI), do corpo executivo municipal, alunos e professores do sistema de ensino público - que já avançaram com a incorporação da TI em suas vidas diárias - ao público em geral, incluindo comerciantes e empresários, que ainda estão longe de colher todos os benefícios do movimento de inclusão digital” (tradução nossa).

Assim, cada um desses aspectos demonstrados manifestam a relevância dos jogos digitais e das novas tecnologias em relação à dinâmica social atual. Em conjunto, esses fatores revelam a necessidade de maior destaque do tema em estudo diante de diferentes questões para uma verdadeira inclusão social por meio dos jogos digitais.

## 2.2. O uso de games e outras tecnologias de lazer em relação de trabalho

Partindo, então, para uma visão que tange à produtividade do ambiente de trabalho, percebe-se que tecnologias e jogos podem ser um fator que traz inúmeros benefícios, não apenas quanto à tensão que pode existir em atmosferas de trabalho, mas também se torna excelente no quesito da produção de resultados. Tal evento se torna viável devido ao fato de jogos se incluírem no rol de desenvolvimento tecnológico, sendo, então, aceitável relacioná-los às diversas teorias de inovação tecnológica, buscando maior eficiência com menos tempo.

Mudar a dinâmica do trabalho, então, é algo buscado por diversas empresas atualmente. Partindo justamente dessa inovação na capacidade produtiva, há uma maleabilidade do antigo conceito de “poder” nas relações trabalhistas, alterando muitas vezes até a própria ideia convencional de chefe-empregado. Nesse ponto, os jogos digitais em muito contribuem para mudar o ambiente de trabalho, sendo muitas vezes usados como estratégia para diminuir o stress e aumentar a felicidade dos usuários, conectados cem por cento do tempo às redes. Nesse sentido:

Trabalhar, hoje, é permanecer a maior parte do tempo ligado ao maior número de redes possíveis e, de preferência, com uma alta dose de envolvimento. A imagem-limite seria um mundo- on-line no qual todo o tempo de vida da pessoa é tempo de produção – não porque ela trabalhe o tempo todo, mas porque o trabalho agora mudou de natureza. Nesse sentido, trabalhar já não seria uma atividade com início e fim, mas sim a alimentação contínua de uma rede que, dessa maneira, usa para seus próprios fins toda a informação que puder obter através da conexão.<sup>14</sup>

Dessa forma, o que antes era visto apenas como lazer, hoje pode também ser encarado como trabalho. Nota-se aqui que tal análise pode abranger não apenas os jogos em si, mas todo tipo de tecnologia em sua interface com o trabalho – por exemplo atividades que distraiam o funcionário, etc. – fazendo com que a atividade produtiva seja de certa maneira menos ligada à antiga linha de produção, nesse ponto:

O trabalho, no âmbito corporativo, é marcado historicamente pela organização administrativa decorrente das teorias e práticas que inserem a ação humana de transformação da natureza para suprir suas necessidades em sistemas produtivos com padrões, normas e procedimentos.<sup>15</sup>

Entretanto, no plano contemporâneo, cada vez mais isso é alterado por grandes empresas. Talvez a mais famosa empresa global conhecida por trazer mudanças para o framework de trabalho antigo seja o Google, que dá um foco decisivo à criatividade dentro da empresa. Funcionários são bombardeados de informações de diversas fontes para tal objetivo criativo, inclusive com o uso de muitos jogos com esse efeito, disponibi-

---

14 SANTOS, Laymert Garcia; FERREIRA, Pedro Peixoto. **A regra do jogo: desejo, servidão e controle. Novas mídias digitais (audiovisual, games e música): impactos políticos, econômicos e sociais.** Rio de Janeiro: E-papers, 2008, p. 89.

15 CASAQUI, Vander; RIEGEL, Viviane. Google e o consumo simbólico do trabalho criativo. **Comunicação Mídia e Consumo**, v. 6, n. 17, p. 161-180, 2010, p. 163.

lizados aos trabalhadores em períodos de trabalho, atitude muito pouco convencional.

Nesse sentido, a criatividade também é mercadoria a ser consumida por um público que utiliza os serviços do Google e sonha em fazer parte de seu time de colaboradores. O processo comunicacional que envolve a corporação se dá no diálogo estabelecido entre as imagens produzidas pela empresa e por seus colaboradores, e a forma como elas são incorporadas e apropriadas por consumidores externos a esse ambiente corporativo, o que pode ser verificado, por exemplo, em blogs pessoais de internautas que revelam o desejo de fazer parte da empresa, ao projetarem seu imaginário sobre o mundo do trabalho e seu lugar próprio nesse contexto, municiados por imagens e informações que lhes são acessíveis por canais organizados pelo próprio Google (como o seu serviço de buscador), mas também por sites e blogs de outros internautas, o que atribui um valor de legitimidade, de caráter não oficial ao que está sendo consumido simbolicamente. Saber do Google por um “igual” tem o efeito de sentido de verdade, de ausência de interesses comerciais, de um discurso desprovido de outra intenção além do mero desejo de partilhar um sonho, uma vontade, um querer. Esses lugares de legitimidade, muitas vezes, incorporam o discurso oficial e o reproduzem, estabelecendo nessas mediações uma negociação simbólica complexa entre as intencionalidades da empresa de alcance global e as práticas de consumo dos jovens, o público mais atingido por esse caráter lúdico do trabalho.<sup>16</sup>

Apresenta-se, então, à discussão não apenas a forma como jogos e tecnologias digitais podem modificar o meio de trabalho, mas também o questionamento sobre “o que é o meio de trabalho”, dando tal ideia de liberdade para os colaboradores e trazendo níveis considerados de produtividade, reduzindo o stress do dia-a-dia de funcionários. Existem hoje diversas pesquisas para avaliar tal importância:

Ultimately, research should be directed toward discovering the precise connections between particular events in individuals' work experience and their resulting perceptions of the work environment. From the present results, it appears that people will produce more creative work when they perceive, for example, that management is encouraging them to solve problems creatively. The challenge for future research will be to determine the specific managerial behaviors and other events within (and outside of) their organizations that lead people to perceive such encouragement. Such findings would be important not only for theory development but also for application to managerial practice.<sup>17</sup>

Existe também um outro ponto de grande importância para a discussão, que se situa no polo contrário dessa dinâmica de inserção de jogos e tecnologias no trabalho: o papel do dos desenvolvedores de jogos nesse meio. As grandes empresas e editores de jogos também podem ver o seu trabalho sendo alterado drasticamente.

Para pensar nesse ponto, é bem simples imaginar o motivo de tais mudanças. Cada vez mais os jogos devem ser fundados em premissas de compartilhamento e bombardeamento de informações, pois em caso negativo eles meramente não atingirão a grande parcela de seu público-alvo, que, na dinâmica social, demanda cada vez mais essa conectividade exaustiva.

Tal ideia de que os jogos devem ser mais e mais complexos e cativantes, nos traz a um outro ponto a ser discutido: o vício. No quesito do trabalho, é extremamente danosa a possibilidade de subversão do trabalho e do lazer em apenas uma atividade.

---

16 CASAQUI, Vander; RIEGEL, Viviane. Google e o consumo simbólico do trabalho criativo. *Comunicação Mídia e Consumo*, v. 6, n. 17, p. 161-180, 2010, p. 167.

17 AMABILE, Teresa M. et al. Assessing the Work Environment for Creativity. *The Academy of Management Journal*, v. 39, n. 5, p. 1154-1184, 1996, p. 1178. “Em última análise, a pesquisa deve ser dirigida para descobrir as conexões precisas entre determinados eventos na experiência de trabalho dos indivíduos e suas percepções resultantes do ambiente de trabalho. Em recentes resultados, parece que as pessoas produzirão mais criatividade no trabalho quando elas percebem, por exemplo, que a gestão busca encorajá-los a resolver problemas criativamente. O desafio para futuras pesquisas será para determinar os comportamentos gerenciais específicos e outros eventos dentro (e fora de) suas organizações que levam as pessoas a perceber tal encorajamento. Tais achados seriam importantes não só para o desenvolvimento de teoria, mas também para a aplicação de práticas gerenciais.” (tradução nossa).

## 2.3. Vício em jogos

Reconhece-se enorme potencial de trazer benefícios não apenas no tocante à inclusão – conforme avaliado *a priori* em sua potencialidade de criar conexões entre as pessoas, elevando o nível socioeconômico de indivíduos com carências – como também renovando os ambientes de trabalho e a visão como tais são vistos, que remete em muito da Revolução Industrial. No entanto, os jogos, assim como tudo que cativa a mente humana, pode em certo ponto ser fonte de grande vício de seus usuários, chegando a criar diversos transtornos.

Nesse quesito, é importante uma conceituação do que é o vício para, posteriormente, relacioná-lo aos jogos e tecnologias digitais. A dependência começa quando o hábito atinge uma frequência preocupante. Dessa forma, a característica determinante da dependência é a perda da autonomia, quando se descobre que deixar a dependência exige um abissal esforço ou provoca desconforto desproporcional à ação em si.

Alguns autores ainda reforçam que os ambientes virtuais favorecem o mecanismo da dependência, proporcionando ao usuário uma gratificação imediata de suas necessidades mais básicas até as mais sofisticadas (necessidade de relacionamentos interpessoais, reconhecimento social, e até atingindo à solidão). Esses sistemas funcionariam como reforços imediatos a determinados comportamentos e necessidades não supridas pelo mundo real e permitiriam a expressão de determinadas características de personalidade, antes encobertas.

Ainda nesse sentido:

Um sintoma frequente (do vício) é a dificuldade de socialização, pois seus portadores não cooperam em atividades de grupo e seu comportamento é considerado difícil não só pelos adultos, mas pelas outras crianças, o que resulta na carência de amigos.<sup>18</sup>

Conceituado o vício, parte-se para sua relação com os jogos. Tal relação pode ser bem forte, inclusive com os jogadores fomentando o próprio vício e impulsionando ainda mais, devido à sua jogabilidade, o desenvolvimento de novos jogos.

The game industry is very efficient in subsuming the activities of players into the development of its products [...] [and] constantly introduces new strategies that aim to benefit from this voluntary work of the players. [...] In the centre of these models are the computer-savvy players and their productivity<sup>19</sup>

Aqui, frisa-se que o desenvolvimento do jogo como forma de trabalho também pode ser maléfico, encobertando certa exploração e chegando a psicologicamente impedir uma diferenciação necessária entre trabalho e lazer. Dessa forma, a tentativa de tornar lúdica a atividade produtiva é viável até certo ponto, de forma a não distanciar o trabalhador de preceitos básicos como direito ao lazer – que, em sua forma pura, é desassociado do trabalho ou exercício de quaisquer outras atividades.

18 COSENZA, Ramon; GUERRA, Leonor. **Neurociência e educação**. Artmed Editora, v.1, p. 136, 2011.

19 SOTAMAA, Olli. Let Me Take You to The Movies Productive Players, Commodification and Transformative Play. **Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies**, v. 13, n. 4, p. 383-401, 2007, p. 390. “A indústria de jogos é muito eficiente em tornar as atividades dos jogadores para o desenvolvimento de seus produtos [...] [e] constantemente introduz novas estratégias que visam se beneficiar deste trabalho voluntário dos jogadores. [...] No centro destes modelos são os jogadores de computador savvy e sua produtividade” (tradução nossa).



Nesse ponto, destaca-se o aumento alarmante das vendas de jogos, independentemente da plataforma utilizada. O mercado de jogos movimentou atualmente 86.1 bilhões de dólares por ano no planeta, demonstrando crescimento anual de uma média de 4,95 bilhões ao ano (de 2012 à 2016) e média de aumento de 6,75%/ano (nesse mesmo período **(vide figura 1)**).



Tal aumento expressivo é reflexo de um meio que cada vez mais busca tecnologia como uma forma de lazer e um tempo livre das responsabilidades e da necessidade constante de produtividade. Nesse sentido, outro aspecto marcante sobre a dependência por jogos é a competitividade gerada, alimentando os jogadores com conquistas e ranking comparando o desempenho. O jogo como uma corrida incessante para ser “o melhor” de todos os outros competidores. Novamente, uma competitividade extrema pode ser muito danosa psicologicamente, induzindo as pessoas por meio de falsas recompensas e preenchendo, muitas vezes, um vazio emocional.

Mesmo assim, muitos jogadores atuais escolhem como profissão a de Jogador Profissional, devendo-se ter muita atenção diante desse novo nicho criado no ambiente competitivo dos jogos digitais. Apesar disso, países tem cada vez mais reconhecido essa nova modalidade, o que revela o aumento da importância dos jogos competitivos para a sociedade:

Uma das maiores e reconhecidas influências nas normas envolvendo *e-Sports* é a do visto nos Estados Unidos. Esse direito envolve em dar um visto de atleta (P-1A) aos jogadores estrangeiros de *LoL* que disputassem competições nos EUA, reconhecendo a prática do jogo como uma modalidade esportiva oficial e seus jogadores como atletas. O primeiro visto de atleta foi concedido no primeiro semestre de 2013 ao jogador canadense Danny “*Shiptur*” Le.

Mesmo essa lei tendo como foco o jogo *League of Legends*, qualquer pessoa relacionada ao *e-Sport* pode ten-

tar obter um visto melhor do que o de turista, como o narrador Ben “Benson” Bowe, que conseguiu um visto O-1, concedido à pessoa com habilidades extraordinárias ou conquistas.

Felizmente, essa realidade está próxima de acontecer aqui nas terras tupiniquins. Dia 14 de Agosto de 2015, no Facebook, o jogador francês “Dioud” da paiN Gaming divulgou que ele obteve seu visto de trabalho, sendo o primeiro estrangeiro, no Brasil, a obter o estado legal de “Jogador Profissional de E-Sport”.<sup>20</sup>

Assim, é crucial que os jogos e seus desenvolvedores se atentem também para o quesito psicológico por eles transmitido, de forma a colaborar com a saúde mental dos jogadores e evitar dependências sobre determinado produto digital.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste artigo, tentou-se demonstrar a pungência do tema no dia-a-dia das pessoas que, por estarem cada vez mais conectadas e globalizadas, estreitaram barreiras sociais, desafiando novos parâmetros a serem pesquisados e estudados para garantir o bem-estar e os interesses de toda a sociedade diante da interação com os jogos digitais.

Dessa forma, a discussão se amplia e está presente também na academia internacional – inclusive com a Comissão Europeia redigindo uma agenda digital, dentro do programa Europe 2020 – , com a existência de pesquisas não apenas de cunho socioeconômico, mas também na faceta psicológica dos jogos digitais. Entretanto, no Brasil ainda há pouca discussão sobre o assunto, fato que leva ao entendimento de que seria de grande valia discutir também com mais profundidade a influência de videogames no contexto latinoamericano atual, principalmente sendo um local de busca constante por empoderamento e por maior inclusão e conectividade.

Faz-se mister compreender também a importância do planejamento na inserção de atividades digitais dentro da vida diária de diversos grupos sociais. De acordo com relatório da Comissão Europeia<sup>21</sup> sobre o potencial dos jogos digitais para inclusão social, por exemplo, é fundamental entender que esse processo não se encontra dependente da tecnologia ou do potencial de inovação, mas muito do sucesso e desenvolvimento na sua aplicação.

Por isso, além de refletir sobre a influência dos jogos sobre os usuários, é crucial termos sempre em mente sobre a importância daqueles que produzem os videogames: os desenvolvedores. Eles são as mentes capazes de criar esse mundo de entretenimento que afeta milhões de pessoas diariamente ao redor do mundo e que, à vista disso, devem sempre buscar colaborar para afastar a exclusão social e incentivar a inclusão social na sociedade.

Cabe ressaltar que este é um estudo de cunho preliminar de interesse introdutório ao tema, o que se sugere uma pesquisa maior e mais aprofundada dos assuntos aqui retratados para melhor compreensão e debates mais completos sobre cada fator explicitado ao longo do artigo.

---

20 WENDT, Emerson; WENDT, Luiz Augusto. Jogos eletrônicos, comportamentos virtuais e o Direito. **Direitoeti**. 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/jogos-eletronicos-comportamentos-virtuais-e-o-direito/>>. Acesso em: 23/12/2016.

21 STEWART, James et al. The potential of digital games for empowerment and social inclusion of groups at risk of social and economic exclusion: evidence and opportunity for policy. **Joint Research Centre, European Commission**, p.17-18, 2013.

## 4. REFERÊNCIAS

AMABILE, Teresa M. et al. Assessing the Work Environment for Creativity. **The Academy of Management Journal**, v. 39, n. 5, p. 1154-1184, 1996.

ARNAB, Sylvester et al. Framing the Adoption of Serious Games in Formal Education. **Electronic Journal of e-Learning**, v. 10, n. 2, p. 159-171, 2012.

BLEUMERS, Lizzy et al. State of play of digital games for empowerment and inclusion: a review of the literature and empirical cases. **European Commission. Doi**, v. 10, p. 36295, 2012.

CABRAL, Guilherme J.; Temos que pegar, temos que falar: Pokémon. **InfocoTech**. 05 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.infocotech.com/2016/08/temos-que-pegar-temos-que-falar-pokemon.html>>. Acesso em: 16/10/16.

CASAQUI, Vander; RIEGEL, Viviane. Google e o consumo simbólico do trabalho criativo. **Comunicação Mídia e Consumo**, v. 6, n. 17, p. 161-180, 2010.

CHARSKY, Dennis; MIMS, Clif. Integrating commercial off-the-shelf video games into school curriculums. **TechTrends**, v. 52, n. 5, p. 38-44, 2008.

DE ALMEIDA EVANGELISTA, Rafael et al. DIO: um jogo em dispositivos móveis para mapear câmeras de vigilância | DIO: a mobile game to map surveillance cameras. **Liinc em Revista**, v. 12, n. 2, 2016.

DE GROVE, Frederik; VAN LOOY, Jan; MECHANT, Peter. Comparing the potential of commercial off-the-shelf and educational video games for adult foreign language education: An experimental study. In: **Proceedings of the 7th European Conference on Management Leadership and Governance: ECGBL 2011**. Academic Conferences Limited, 2011. p. 129.

DE GROVE, Frederik; VAN LOOY, Jan. Playing at school, learning at home? Exploring the effects of social context on educational game experience. In: **International Conference on the Social Aspects of Digital Gaming**. 2011.

FERREIRA, Graça Regina Armond Matias; DE OLIVEIRA PEREIRA, Sandra Lúcia Pita. Jogos Digitais no Ensino Formal em Escolas da Rede Pública: Possibilidades e Interações. **Simpósio em tecnologias digitais e sociabilidade**. 2013.

GROS, Begoña. Digital games in education: The design of games-based learning environments. **Journal of Research on Technology in Education**, v. 40, n. 1, p. 23-38, 2007.

MOURA, Juliana Santana. Jogos eletrônicos e professores: primeiras aproximações. **4º Seminário Jogos eletrônicos, educação e comunicação: construindo novas trilhas**, 2008.

NIMROD, Galit. The fun culture in seniors' online communities. **The Gerontologist**, v. 51, n. 2, p. 226-237, 2011.

RABIN, CLAIRE. Towards the use and development of games for social work practice. **British Journal of Social Work**, v. 13, n. 1, p. 175-196, 1983.

SANTOS, Laymert Garcia; FERREIRA, Pedro Peixoto. **A regra do jogo: desejo, servidão e**

**controle. Novas mídias digitais (audiovisual, games e música): impactos políticos, econômicos e sociais.** Rio de Janeiro: E-papers, 2008.

SOTAMAA, Olli. Let Me Take You to The Movies Productive Players, Commodification and Transformative Play. **Convergence: The International Journal of Research into New Media Technologies**, v. 13, n. 4, p. 383-401, 2007.

STEWART, James et al. The potential of digital games for empowerment and social inclusion of groups at risk of social and economic exclusion: evidence and opportunity for policy. **Joint Research Centre, European Commission**, 2013.

STOKES, Benjamin; SEGGEMAN, Suzanne; REJESKI, David. **For a better world: Digital games and the social change sector.** 2010.

SWAIN, Chris. Designing games to effect social change. In: **Proceedings of DiGRA 2007 Conference, Situated Play.** 2007. p. 24-28.

TELES, Adonai; JOIA, Luiz Antonio. Assessment of digital inclusion via the actor-network theory: The case of the Brazilian municipality of Pirai. **Telematics and Informatics**, v. 28, n. 3, p. 191-203, 2011.

WENDT, Emerson; WENDT, Luiz Augusto. Jogos eletrônicos, comportamentos virtuais e o Direito. **Direitoeti.** 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://direitoeti.com.br/artigos/jogos-eletronicos-comportamentos-virtuais-e-o-direito/>>. Acesso em: 23/12/2016.







GRUPO DE TRABALHO 7

# **DEMOCRACIA DIGITAL, POLÍTICA E APLICAÇÃO DAS LEIS ELEITORAIS NAS REDES DIGITAIS**

# A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR VIRTUAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO DEBATE PÚBLICO DE REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET NO PENSANDO O DIREITO

Ana Marília Dutra<sup>1</sup>

Victor Varcelly Medeiros Farias<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A expansão do acesso à Internet no Brasil nos últimos anos, fortalecida pela ascensão do uso de dispositivos móveis e dos sites de rede social digital, democratizou a produção de conteúdo, tornando o usuário ao mesmo tempo emissor e receptor de informações. Esse fato permitiu o surgimento de novas vozes nos debates de interesse público nacional.

O maior pluralismo de vozes que a ampliação do acesso à tecnologia da comunicação permite, associado à reflexão desterritorializada e simultânea das redes sociais *off-line* nos ambientes digitais, trouxe à tona várias novas possibilidades de atuação política do indivíduo, as quais anteriormente estavam fortemente vinculadas à presença física do cidadão em instituições do Governo ou em comunidades locais, como no caso das audiências públicas, dos referendos e dos plebiscitos.

A possibilidade de uma participação política mais plural e direta da população se coaduna com os fundamentos da democracia brasileira apresentados no art.1º da Constituição Federal (CF) nos incisos II e V, bem como em seu parágrafo único. Além disso, a Internet, atuando como um novo meio de divulgação de informações do Governo, respalda o princípio da publicidade aplicado à Administração Pública, reforçando a garantia cidadã do direito ao acesso à informação.

Nesse cenário surge a Lei de acesso à informação (Lei nº12.527/2011) que regulamenta o inciso XXXIII do art.5º e §3º do art. 37 da CF e possibilita ao cidadão realizar requisições presenciais ou *on-line* de documentos e informações públicas. No tocante à participação direta do cidadão nas decisões públicas, surgem ainda portais, como o Pensando o Direito (PoD), que disponibilizam à população debates públicos sobre a criação de normas jurídicas.

Questiona-se, no entanto, qual o fundamento jurídico-constitucional de tais iniciativas virtuais de participação política, cuja previsão não está expressa na Constituição, a qual confere destaque ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular como modelos de participação direta.

O presente trabalho visa extrair a concepção democrática constante na CF, a fim de compreender a legitimidade da virtualização do exercício da cidadania no debate

---

1 Especialista e Mestre em Direito Constitucional, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, anamariliadutra@gmail.com

2 Mestrando em Comunicação e Contemporaneidade, Faculdade Cásper Líbero; Bacharel em Direito, UFRN; victorvarcelly@gmail.com.

público de regulamentação do Marco Civil da Internet (Decreto nº 8.771/2016), realizado no site de rede social digital PoD.

O aumento da complexidade social, da diversidade dos problemas atuais, bem como do pluralismo dos interesses expressos por diversos grupos da sociedade, robustece a relevância da temática, haja vista a busca por um consenso mais amplo e o contexto tecnológico vivenciado na atualidade. Por sua vez, o advento do Projeto de Lei nº 2024/2011, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados em 2015, que busca permitir a assinatura digital de projetos de lei de iniciativa popular alterando a Lei nº 9.709/98,<sup>3</sup> expressa a atualidade do tema em comento.

## 2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO ATUAL REGIME CONSTITUCIONAL

A Carta Constitucional de 1988 fundou o Estado Democrático de Direito, o qual estrutura-se e legitima-se na conjugação dos direitos fundamentais com a democracia, cuja relação deve ser de interdependência ou reciprocidade<sup>4</sup>, com o fito de proteger a dignidade humana. A democracia pretende a defesa dos direitos fundamentais, ao passo que eles a preservam. Na democracia, os cidadãos não são apenas os destinatários da norma, mas também os seus autores<sup>5</sup>.

O contexto de democratização inseriu a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos da República e fez menção constitucional expressa de que o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente. A legitimidade do poder descansa, portanto, na esfera democrática e deve estar sustentada nos preceitos da Carta Magna. Esse poder se forma na Constituição e é exercido democraticamente, segundo os seus termos. Passa-se, assim, a garantir a existência de maior número de lócus de poder decisório ao passo que fortalece a participação da sociedade civil.

O conteúdo do Estado Democrático de Direito ultrapassa a preservação de uma vida digna aos indivíduos, mas passa a incentivar a participação pública de maneira a entender a democracia como fonte de soluções aos problemas relativos às condições materiais de existência<sup>6</sup>.

A democracia representativa passa a ser repensada, entre outros motivos, em razão das dificuldades técnicas dos temas postos em discussão e pelo volume quantitativo a ser solucionado<sup>7</sup>. Os instrumentos deliberativos e de rearticulação dos espaços públicos surgem como meios para suprir, ou pelo menos mitigar, os efeitos das insuficiências da representação política.

---

3 A Lei nº 9.709/98 regulamenta os instrumentos de participação democrática direta da população previstos no art.14, incisos I a III, da CF.

4 BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.46.

5 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50.

6 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 98. Afirma, ainda, os autores que é a partir da democracia que se deve dar o processo de construção e reconstrução da sociedade.

7 Streck e Moraes aduzem também que: “Diante do enfraquecimento do espaço público da política e da sua economização, em um contexto de jogo econômico global de um capitalismo financeiro, constata-se, ao menos tendencialmente, o desaparecimento de alternativas reais de escolha posto que se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, desidentificação de candidaturas e etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política diante da percepção de total desnecessidade dos próprios instrumentos de escolha dos seus representantes (Idem, p. 161-162).

Destaque-se o papel da globalização no repensar os mecanismos democráticos. Isso porque esse fenômeno fornece um acesso mais amplo e mais rápido ao conhecimento, o que gera uma maior conscientização dos indivíduos. Estes passam a ansiar maior nível de participação nas decisões que lhes interessam, bem como a se organizar cada vez mais no intuito de pleitear eficiência no atendimento às suas demandas<sup>8,9</sup>.

É perceptível, portanto, a mudança do papel do Estado, posto o enfraquecimento do seu caráter de supremacia nas relações sociais diante de uma maior organização da sociedade civil e da emergência de grupos privados cada vez mais fortes economicamente<sup>10</sup>.

Assim, o Estado não goza da prerrogativa única de fixar e promover o interesse público<sup>11</sup>, devendo submeter-se a novas regras de participação popular, negociação e mediação, atuando em colaboração com os indivíduos. Os particulares não são encarados mais como partes absolutamente sujeitas às decisões tomadas, mas como agentes que podem e devem colaborar com a atuação estatal<sup>12</sup>. É nesse sentido que o espaço público é ampliado no âmbito das instituições.

Bonavides defende uma teoria constitucional que faz do cidadão a medula da legitimidade de todo o sistema<sup>13</sup>. A partir disso, o autor propugna o surgimento de uma Nova Hermenêutica Constitucional, fundada em valores, por meio dos quais as instituições hão de achar a concretude da democracia participativa<sup>14</sup>. Isso porque considera que a democracia representativa é apenas uma simulação de governo popular, notadamente devido à divisão entre o povo e as instituições governamentais<sup>15</sup>. É fato, no entanto, que não se está a defender qualquer forma de participação da sociedade no espaço público, mas aquela deliberação democrática e informada que descansa nos limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico.

Uma análise sistemática da Constituição Federal permite aduzir que esta carta dá azo a uma compreensão mais ampla de democracia, qual seja, aquela que supera os limites da representação a fim de galgar um nível de maior substancialidade a partir da participação.

O princípio democrático informa o espírito constitucional, sendo destacado nas indicações valorativas do preâmbulo, no qual se insere as diretrizes da unidade da Carta, abrindo caminho essa nova hermenêutica jurídica<sup>16</sup>. Esse princípio, assim como os demais, governa a Constituição e dirige a sua interpretação.

Logo em seguida, o art. 1º do texto constitucional infere a formação de um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania e no pluralismo político, onde todo o

---

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 543-564, p. 547.

9 Bandeira de Freitas fala sobre a crise de autoridade do Estado, pois a sociedade não mais confia na atuação estatal e em sua capacidade de resolução dos problemas sociais da atualidade (FREITAS, Daniela Bandeira de. **A fragmentação administrativa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 83).

10 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79.

11 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2003, p. 202.

12 Vide MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

13 BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35 e 112.

14 *Idem*, p. 36-37.

15 *Idem*, p. 26.

16 *Ibidem*, p. 40.

poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Sendo o povo brasileiro titular do poder, caberia aos cidadãos o direito de participar da condução de assuntos estatais<sup>17</sup>. Portanto, não há que se pensar que a atuação dos cidadãos no espaço público resume-se às normas contidas no art. 14, da Constituição, o qual está adstrito principalmente ao modelo representativo.

As próprias formas de participação direta indicadas no art. 14 não podem ser interpretadas de maneira restritiva. Ou seja, a democracia direta não se limita apenas à realização do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, mesmo porque a própria Carta Magna prevê a participação da sociedade civil na construção de decisões políticas a partir de outras maneiras, notadamente no âmbito da Administração Pública.

O princípio participativo é também expressão da dignidade da pessoa humana e do republicanismo, os quais constam do art. 1º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal. Isso porque ao aproximar o Estado dos indivíduos dá azo à expressão dos seus anseios e oportuniza sua atuação na gestão da coisa pública<sup>18</sup>.

A previsão constitucional do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, direitos fundamentais constantes do art. 5º, LIV e LV, da Constituição, ratifica o dever de instituição de procedimentos que favoreçam o debate público, a transparência e a publicidade de informações.

O art. 37, §3º, da Carta Magna, bem expõe o espírito constitucional de tutela e promoção do modelo participativo ao possibilitar a participação do usuário na Administração Direta e Indireta, fixando a disciplina e regulamentação desta previsão por lei. Ademais, os arts. 194, VII; 204, II; 29, X; 198, III; 227, §1º, por exemplo, asseguram o caráter democrático e descentralizado da Administração, evidenciando a participação da sociedade, seja no âmbito da seguridade social, da organização municipal, dos serviços públicos de saúde, da assistência social ou da educação.

É possível pensar em outros dispositivos, a exemplo dos arts. 10; 31, §3º e 58, §2º, da CF, os quais preveem a participação de trabalhadores e empregadores em órgãos públicos para a defesa dos seus interesses; a possibilidade de exame e apreciação das contas públicas do Município por qualquer contribuinte, o qual poderá questionar sua legitimidade; a realização de audiências públicas com a sociedade civil pelas comissões do Congresso Nacional e de suas Casas. Tem-se, assim, que a norma democrática participativa enraíza-se por todo o texto constitucional, direta ou indiretamente, seja estabelecendo a soberania ou a tutela dos direitos fundamentais, seja fixando normas específicas.

Cumprir destacar que a legitimação democrática não se perfaz apenas através do sistema eleitoral. Essa concepção é insuficiente e inadequada ao atual contexto social e jurídico. A participação da sociedade civil contribui para a estabilidade do sistema, diminuindo a ênfase nas relações de domínio para conciliar a participação com a representação<sup>19</sup>.

---

17 SANTOS, Fábio Gomes dos. Participação na administração como direito fundamental. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n.2, p. 436-453, 2014, p. 445.

18 Vide DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. *Agências Reguladoras, Poder Normativo e Democracia Participativa: uma questão de legitimidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 196-197.

19 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 325-351, p. 330.



Não se quer com isso defender uma solução utópica da implementação de um modelo ateniense, nem pretender que todos os cidadãos participem de todas as decisões políticas. Pugna-se pela racionalização, sistematização e operacionalização da participação direta ou semidireta de parcela da população interessada no processo decisório de criação de normas.

Entre a forma extrema da democracia representativa e a forma extrema da democracia direta é possível encontrar formas intermediárias que as integrem<sup>20</sup>. O desenvolvimento da democracia perpassa, assim, pela ocupação de novos espaços, principalmente no interior do próprio Estado a partir de modificações no âmbito institucional<sup>21</sup>. Prima-se pela existência de um processo dinâmico, no qual haja canais de diálogos abertos e operativos entre o Estado e sociedade.

É nesse sentido que a quantidade e expansão dos espaços de exercícios da democracia, onde a sociedade civil pode influenciar nas decisões políticas, torna-se mais relevante atualmente do que o número de pessoas que possuem o direito ao sufrágio<sup>22</sup>.

A participação democrática deve ser compreendida como uma extensão que engloba o processo eleitoral, de criação das normas, bem como de implementação e fiscalização do cumprimento destas. Ela deve estar lastreada na viabilização de debates, diálogos e dissensão, os quais gerarão decisões mais bem fundamentadas e refletidas. Elas, então, apresentarão mais coerência com a realidade e com as demandas sociais.

Isso quer dizer que a participação não gerará necessariamente o atendimento de todas as vontades colocadas em debate. Certamente, um cenário como esse é difícil de se obter, dados os interesses conflitantes da população, bem como as limitações de ordem econômica, notadamente em países que buscam a estabilização nessa seara. A questão é se esses interesses foram debatidos segundo um procedimento democrático, plural e aberto.

A importância da democracia não se restringe, portanto, ao seu valor instrumental, ou seja, aos resultados que podem ser obtidos. Ela é importante em si mesma, possuindo um valor intrínseco no âmbito processo de construção do Estado Democrático de Direito. A despeito, portanto, do resultado da participação, ela se impõe no cenário institucional do país.<sup>23</sup>

### 3. PANORAMA DO ACESSO À INTERNET E O PODER DEMOCRATIZANTE DA WEB 2.0

O acesso à Internet no Brasil alcançou 61% da população em 2014<sup>24</sup>. Os sites de rede social digital, nesse panorama, têm se destacado como uma das principais fontes de informação sobre o Governo e uma forte ferramenta de mobilização política popular.

---

20 BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 52.

21 Até mesmo em um sistema representativo que funcione bem é possível pensar em um aprimoramento institucional através de mecanismos participativos, sem que isso acarrete algum prejuízo ou ameaça ao seu funcionamento (SÁ E SILVA, Fabio de; LOPEZ, Felix Garcia; PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Estado, instituições e democracia: democracia**. Brasília: Ipea, 2010, p. 91).

22 BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 56.

23 Não se quer dizer com isso que qualquer resultado é possível, pois o limite é a própria ordem constitucional, mas faz uma abordagem a partir do papel constitutivo e instrumental das liberdades ao processo de desenvolvimento, conforme análise seniana (*Vide* SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000).

24 BRASIL.COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **TIC Domicílios**. 2014. Disponível em: <[http://data.cetic.br/cetic/explore?id-Pesquisa=TIC\\_DOM](http://data.cetic.br/cetic/explore?id-Pesquisa=TIC_DOM)>. Acesso em: 10 out. 2016.

Na história recente do país, manifestações políticas como o Movimento Passe Livre e os protestos contra e a favor do impeachment de Dilma Rousseff demonstram o impacto dos sites de rede social digital como ferramentas que possibilitam a mobilização de grupos presentes em ambientes virtuais para as ruas. A pesquisa “Democracia e consumo”<sup>25</sup> reforça esse panorama apresentando que, dentro do espectro dos 45 milhões de brasileiros que já participaram de movimentos sociais, 30% o fizeram por meio da Internet e 29% atuaram presencial e virtualmente. Por essas razões, a Internet, em especial os sites de rede social digital na Web, apresenta-se como uma ferramenta complementar, em paralelo as atuações *off-line* e aos demais meios de comunicação, na busca por engajamento político.

Os sites de rede social digital são consequência direta das possibilidades da interação entre indivíduos trazidas pela Web 2.0. A Web é constituída por uma interface que torna a navegação do usuário pela Internet mais fácil e agradável, permitindo, por exemplo, a criação de nomes de domínios ([www.nomedosite.com.br](http://www.nomedosite.com.br)) e de conteúdos interativos com a presença de ferramentas que enseja a troca de comentários, curtidas e outros. A Web, no entanto, passou por diversos estágios desde a sua invenção por Tim Berners-Lee em 1985, vivendo atualmente o início do seu terceiro momento, o qual consiste na Web 3.0, mais voltada à personalização na entrega dos conteúdos solicitados pelo usuário nas redes. A Web 1.0 está mais ligada à disponibilização de informações, sem foco nas interações digitais entre os usuários. A conexão direta entre usuários e a maior interação com o conteúdo disponibilizado são características da Web 2.0<sup>26</sup>. Os três estágios da Web coexistem na atualidade, todavia, nosso foco será voltado a Web 2.0, tendo em vista que ela possibilita repercussões sociais, como a produção colaborativa de informações e a pluralização de vozes, relevantes para o contexto democrático no qual o PoD está inserido.

A característica de favorecimento da interação entre indivíduos como emissores de conteúdo demonstra o que O’Reilly<sup>27</sup> nomeou de arquitetura de participação da Web2.0. Segundo esse princípio, alguns sites são construídos com uma estrutura que busca encorajar a maior troca de comentários e críticas entre pares, além da participação dos usuários como emissores de conteúdo. Essa ampliação do polo emissor de informações consiste no que Lemos<sup>28</sup> nomeou de segunda lei do cibercultura, que

[...] seria a Liberação do pólo da emissão. As diversas manifestações socioculturais contemporâneas mostram que o que está em jogo como o excesso de informação nada mais é do que a emergência de vozes e discursos anteriormente reprimidos pela edição da informação pelos *mass media*. A liberação do pólo da emissão está presente nas novas formas de relacionamento social, de disponibilização da informação e na opinião e movimentação social da rede.[sic]

Arquitetura esta que permite ao usuário da rede atuar como emissor e receptor de conteúdos, democratizando a produção de informações, bem como viabilizando construções colaborativas em tempo real por indivíduos de diversos grupos e lugares,

---

25 F/RADAR. **Democracia e Consumo**. Disponível em: <<http://www.fnazca.com.br/index.php/2015/10/20/fradar-15a-edicao/>>. Acesso em: 16 mai.2016.

26 O'REILLY, Tim. **What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software**. Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

27 Ibidem.

28 LEMOS, André. Cibercultura: Alguns pontos para compreender a nossa época. In LEMOS, André; CUNHA, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 11-23. Disponível em: <<http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/cibercultura.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2016, p.9.

o que Levy<sup>29</sup> nomeou de inteligência coletiva. Esta pluralidade prometida pela Web 2.0 possibilitou o surgimento dos sites de rede social digital e a respectiva reflexão na Internet das redes sociais presentes na sociedade<sup>30</sup>. Assim, por meio dos sites de rede social digital é possível perceber a presença de grupos familiares, comunidades de indivíduos que vivem no mesmo bairro, condomínio ou até na mesma casa. Esses indivíduos interagem *off-line* e *on-line*, levando as discussões e suas opiniões mais diversas para à Internet em seus perfis pessoais ou em debates públicos. A maior diversidade dos discursos correntes na rede ocasionou a inserção das pautas públicas nos debates presentes nos sites de rede social digital, virtualizando na prática a participação cidadã.

A utilização da Internet como ferramenta política pelos usuários não engloba apenas serviços prestados pelo *Facebook*, *Twitter*, entre outros que possuem forte conotação comercial e estão atualmente focados na aplicação de algoritmos. Iniciativas de ONGs e plataformas alternativas como o *Mudamos.org*, o *Colab.re*, o *Cidade Democrático* e o *VotaNaWeb*, por exemplo, demonstram o interesse do internauta nas pautas que envolvem o Governo e o exercício da cidadania. Além desses projetos indicados, existem ainda as iniciativas governamentais como o PoD do Ministério da Justiça.

## 4. O PENSANDO O DIREITO

O Pensando o Direito é um site do Ministério da Justiça, mais especificamente da Secretaria de Assuntos Legislativos, que visa aproximar governantes, legisladores, universidades e população na criação e regulamentação de normas jurídicas mais próximas da realidade nacional. Assim, o Pensando o Direito possui duas frentes de atuação: a Série Pensando o Direito, que consiste na publicação de revistas temáticas, contendo pesquisas empíricas e interdisciplinares sobre questões de relevância pública; e os debates públicos disponibilizados no site, nos quais o Ministério da Justiça convida toda a sociedade a participar. A análise neste artigo está focada nos debates públicos do Pensando o Direito, em especial no debate para elaboração do decreto de regulamentação da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) disponibilizado inicialmente em dois períodos - janeiro de 2015 e fevereiro de 2016 - com histórico disponível para acesso no próprio site.

### 4.1. A arquitetura de participação do Pensando o Direito

O debate de regulamentação do Marco Civil da Internet foi dividido em duas etapas, sendo uma delas centrada nas contribuições livres e diretas dos usuários acerca dos quatro eixos temáticos principais (neutralidade, guarda de registros, privacidade da rede e outros temas e considerações) e a segunda iniciada após a divulgação da minuta de decreto pelo Ministério da Justiça, estando os usuários restritos apenas a comentar ou a clicar nas funções concordar ou discordar presentes nos trechos do decreto apresentado. Respectivas fases possuíam formas diferenciadas de participação e interação dos usuários, conforme analisaremos a seguir, a partir dos tópicos mais comentados de cada uma delas.

A Figura 1, pauta mais comentada da primeira fase do debate com 33 comentários e 57 “concordaram”, apresenta a contribuição da usuária *Jessicaoac*.

29 LEVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 30.  
30 RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Editora Meridional, 2009, p. 22.

Figura 1 – Post de Jessicaoac

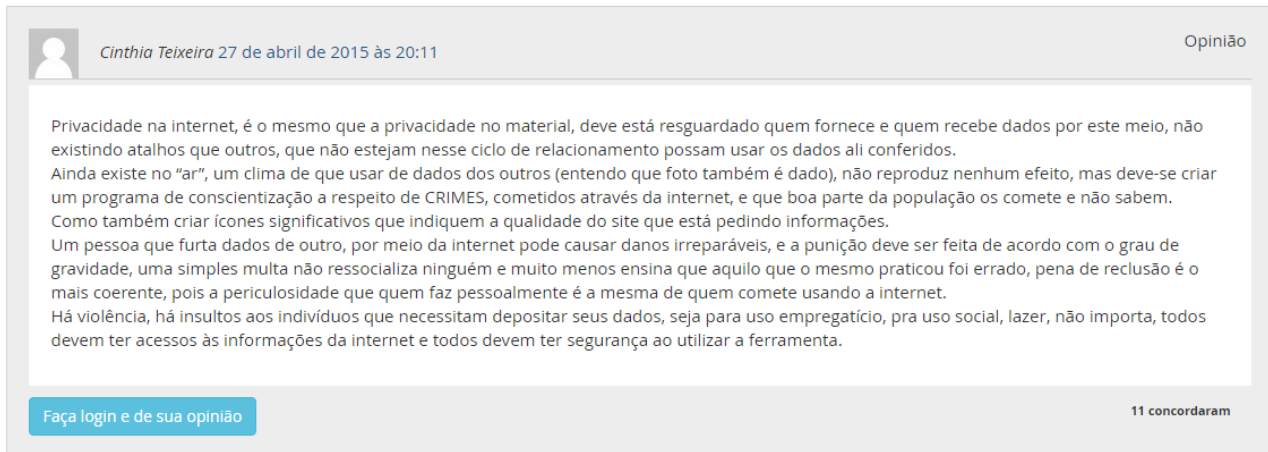
## A privacidade e a segurança do usuário

Discussão criada por **Jessicaoac** em 27/04/15

Tema: Privacidade na rede

Ao se conectar à internet, e acessar os mais diversos sites, o usuário disponibiliza informações pessoais suas a esses sites. O que poderia gerar uma certa insegurança jurídica, tendo em vista que o usuário poderia ser vítima de crimes cometidos através dos seus dados pessoais. A questão da privacidade está ligada diretamente a segurança jurídica e a liberdade do usuário. Desse modo, o marco civil no seu art.10 trata dessa questão da privacidade, ao estabelecer que os dados pessoais, as informações de acesso e os registros do usuário devem preservar a intimidade e a vida privada do usuário. Não admitindo, assim, a divulgação de dados pessoais de usuários. Esse artigo trata de forma louvável a problemática de manter a privacidade do usuário e preservar pela segurança jurídica da internet como um todo.

### Discussão sobre a pauta



The image shows a forum post interface. At the top left, there is a profile picture icon and the text 'Cinthia Teixeira 27 de abril de 2015 às 20:11'. At the top right, it says 'Opinião'. The main content is a text block with a light gray background, containing several paragraphs of text. At the bottom left of the text block, there is a blue button that says 'Faça login e de sua opinião'. At the bottom right, it says '11 concordaram'.

Fonte: *Pensando o Direito*

Na imagem apresentada (Figura 1) é possível verificar a identificação da usuária Jessicaoac, destacada em vermelho, logo abaixo do título da pauta, e da usuária Cinthia Teixeira, que respondeu a ela. Nesse caso, tem-se ainda a interação entre as usuárias Cinthia Teixeira e Jessicaoac em razão do posicionamento do comentário, logo abaixo do de Jessicaoac no campo destinado a comentário do fórum, bem como a pertinência temática entre os dois trechos, percebida, por exemplo, nas citações abaixo.

*Ao se conectar à internet, e acessar os mais diversos sites, o usuário disponibiliza informações pessoais suas a esses sites. O que poderia gerar uma certa insegurança jurídica, tendo em vista que o usuário poderia ser vítima de crimes cometidos através dos seus dados pessoais. [sic] (grifos dos autores)*

A usuária Jessicaoac levanta a questão do uso indevido de dados de usuários da internet para a prática de crimes por malfeitores. Em seguida, Cinthia Teixeira responde.

*Ainda existe no “ar”, um clima de que usar de dados dos outros (entendo que foto também é dado), não reproduz nenhum efeito, mas deve-se criar um programa de conscientização a respeito de CRIMES, cometidos através da internet, e que boa parte da população os comete e não sabem. [sic] (grifos nossos).*

A partir da manutenção da linha temática criada por Jessicaoac, é possível verificar que Cinthia Teixeira efetivamente tentou complementar a informação anterior, ampliando sua problematização. Dessa forma, é possível verificar uma troca de informações mínima entre as usuárias. Mínima pois, apesar de buscar responder a usuária Jessicaoac, Cinthia Teixeira não volta a contribuir nesse tópico, nem tem o seu comentário respondido pela própria Jessicaoac. Cumpre ainda salientar que Jessicaoac não respondeu a nenhum dos comentários que recebeu em sua postagem, dificultando o debate. Respectiva interação ainda que mínima, por exemplo, não pode ser percebida na Figura

2 abaixo.

Figura 2 – Comentários no artigo 3º da minuta de decreto

## CAPÍTULO II – DA NEUTRALIDADE DE REDE

Art. 3º A exigência de tratamento isonômico de que trata o art. 9º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à Internet.

Art. 4º A discriminação ou degradação de tráfego somente poderá decorrer adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência dispostos no art. 9º, §2º da Lei nº 12.965, de 2014.

Parágrafo único. As ofertas comerciais e modelos de cobrança de acesso à Internet, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio de desenvolvimento de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

Art. 5º Os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços de Internet devem garantir:

I – tratamento de questões de segurança de redes, tais como restrição ao acesso e ataques de negação de serviço;

II – tratamento de situações de congestionamento de redes, tais como redistribuição de tráfego, priorização de serviços e aplicações e restrição de acesso a determinados serviços e aplicações.

**Comentários deste trecho**

**André Sebben Ramos**  
27 de janeiro de 2016 às 14:09  
acrescentar no final da frase: "[acesso à Internet como direito do indivíduo".  
Concordaram 9 Discordaram 1

**alanegouveia**  
1 de março de 2016 às 08:28  
,  
Concordaram 0 Discordaram 0

**Vinicius Padrão**  
27 de janeiro de 2016 às 19:09  
Art. 3º A exigência de tratamento isonômico de quaisquer pacotes de dados ,disposta no art. 9º da Lei 12.965 de abril de 2014, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet.  
Concordaram 9 Discordaram 0

As interações (comentários e votação) com este texto estão fechadas ou já se encerraram.

Fonte: *Pensando o Direito*

O trecho apresentado na Figura 2 faz referência aos primeiros comentários deixados pelos usuários André Sebben Ramos, Alanegouveia e Vinicius Padrão no artigo 3º da minuta de decreto. Ao total, o artigo 3º obteve 99 comentários, sendo o tópico mais comentado da segunda etapa do debate.

No segundo momento do debate, as contribuições de André Sebben Ramos e de Vinicius Padrão não estão ligadas, porém, possuem um destinatário em comum, que no caso é o responsável pela produção da minuta do decreto em debate, o Ministério da Justiça. Dessa forma, o Ministério da Justiça atua indiretamente no debate durante a segunda fase. Os usuários André Sebben Ramos e Vinicius Padrão não apresentam em suas contribuições justificativa para a solicitação de alteração da redação do artigo proposta, bem como, tendo em vista que o Ministério da Justiça não solicitou mais informações à sugestão inicial dos usuários, é possível inferir que nesse caso não houve interação entre os usuários (André Sebben Ramos e Vinicius Padrão), mas apenas a apresentação unilateral de propostas de alteração ao Ministério da Justiça.

### 4.2. Os debates públicos no PoD e o exercício legal da cidadania

A participação nos debates públicos disponibilizados pelo PoD demanda o cadastro prévio do usuário informando o seu nome completo, e-mail e a criação de um “nome de apresentação” a partir do qual o indivíduo será identificado durante as suas contribuições. Portanto, apesar de possuir uma finalidade democrática e cidadã, a participação nos debates do PoD não exige legalmente a cidadania brasileira, posto que não solicita nenhuma documentação que a valide ou a comprove. Sendo assim, não é possível indicar um vínculo direto entre os usuários do PoD e os cidadãos brasileiros legalmente constituídos, os quais adquirem seus direitos a partir da inscrição perante a



Tão pouco é possível enquadrar os debates públicos do PoD junto às ferramentas de consultas públicas previstas no art.14 da CF e reguladas pela Lei nº 9.709/1998, posto que respectivas ferramentas estão vinculadas aos direitos políticos dos cidadãos, bem como devem ser convocadas mediante decreto legislativo de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

A previsão legal para a abertura de debates públicos pelo Ministério da Justiça, encontra-se expressa no Decreto nº 8.668/2016 no art.20, inciso IX, que estabelece as competências da Secretaria de Assuntos Legislativos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário nacional de mobilizações populares e o rápido avanço tecnológico que permeia a sociedade brasileira no século XXI demandam do Governo uma adaptação rápida e legalmente fundamentada, que viabilize as novas formas de participação democrática e estimule o engajamento participativo da população, a exemplo do caso do PoD.

O escopo constitucional e a legitimidade de participação popular no PoD encontram-se enraizados justamente no princípio participativo do art.1º da CF, o qual não vincula a participação cidadã exclusivamente à articulada pelo sistema eleitoral<sup>31</sup>.

A participação da sociedade civil no âmbito dos poderes da República encontra descanso, portanto, na seara constitucional. Como consectário, tem-se que uma série de instrumentos ou institutos que viabilizem essa participação devem ser estabelecidos, seja no Judiciário (a exemplo do *amicus curiae*), na Administração Pública (a exemplo dos conselhos) ou no Executivo (a exemplo do PoD).

Todavia, cumpre salientar que, conforme indica Wilson Gomes,<sup>32</sup> a participação não é por si só um valor democrático, sendo considerada apenas na medida que pode fortalecer a autonomia do povo no exercício do autogoverno. Assim, é necessária, ainda, regulamentação do funcionamento dessas ferramentas, de forma a possibilitar que a atuação dos cidadãos não seja meramente indicativa ou incapaz de produzir efetivas mudanças nos tópicos em debate.

Por meio disso, busca-se conseguir que a atuação direta do cidadão na democracia possibilite uma fiscalização mais robusta do sistema e traga efetivamente mudanças no Governo e na democracia brasileira. Além disso, é necessário prover o PoD de outras ferramentas que permitam uma maior interação entre os usuários, favorecendo o diálogo e a troca de conteúdos, já que, conforme apresentado nas postagens analisadas, a troca mútua de informações entre os usuários não é uma constante, havendo frequentemente contribuições isoladas ou desconexas.

Ferramentas como notificação das postagens em resposta ao comentário inicial do usuário, marcação de outros usuários no texto da postagem, um *feedback* mais robusto do Ministério da Justiça ao final do debate e outras poderiam incentivar o re-

---

31 Apenas valendo-se de métodos hermenêuticos tradicionais, a exemplo do sistemático e do teleológico, é possível identificar a democracia participativa como lastro na configuração do Estado Democrático brasileiro.

32 GOMES, Wilson. Participação política online: questões e hipóteses de trabalho. MAIA, Rousiley. GOMES, Wilson. MARQUES, Francisco. **Internet e participação política no Brasil**. Porto Alegre: Editora Salina, 2011. p. 24.

torno do usuário inicial ao conteúdo e favorecer o diálogo e o enriquecimento das contribuições no debate público.

Por essa razão, iniciativas como o PoD, a Lei de acesso à informação e o PL nº 2024/2011 são relevantes e demonstram um primeiro passo para a ampliação e fortalecimento dos princípios constitucionais presentes em nosso ordenamento. Passos esses que devem ser levados adiante para consolidar uma democracia com maior maturidade e participação cidadã.

## 6. REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL.COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **TIC Domicílios**. 2014. Disponível em: <[http://data.cetic.br/cetic/explore?idPesquisa=TIC\\_DOM](http://data.cetic.br/cetic/explore?idPesquisa=TIC_DOM)>. Acesso em: 10 out. 2016.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira. **Agências Reguladoras, Poder Normativo e Democracia Participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. *In*: F/RADAR. **Democracia e Consumo**. Disponível em: <<http://www.fnazca.com.br/index.php/2015/10/20/fradar-15a-edicao/>>. Acesso em: 16 mai.2016.

FREITAS, Daniela Bandeira de. **A fragmentação administrativa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Wilson. Participação política online: questões e hipóteses de trabalho. MAIA, Rousiley. GOMES, Wilson. MARQUES, Francisco. **Internet e participação política no Brasil**. Porto Alegre: Editora Salina, 2011. p. 19-46.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 325-351.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um *déficit* democrático na “regulação independente”? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.2, p. 273-301, abr./jun. 2003.

LEMOS, André. Cibercultura: Alguns pontos para compreender a nossa época. *In* LEMOS, André; CUNHA, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 11-23. Disponível em: <<http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/cibercultura.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2016, p.9.

LEVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2003.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 543-564.

O'REILLY, Tim. **What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software**. Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Editora Meridional, 2009.

SÁ E SILVA, Fabio de; LOPEZ, Felix Garcia; PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Estado, instituições e democracia: democracia**. Brasília: Ipea, 2010.

SANTOS, Fábio Gomes dos. Participação na administração como direito fundamental. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n.2, p. 436-453, 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.



# AS JORNADAS DE JUNHO DE 2013 E O IMPACTO DAS NOVAS MÍDIAS SOCIAIS NA DINÂMICA DA MOBILIZAÇÃO SOCIAL E NO GOVERNO REPRESENTATIVO

Bruno Morais Avelar Lima<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 2013, ocorreram grandes manifestações envolvendo a participação de milhões de brasileiros, que demonstraram sua indignação em relação ao sistema político, à corrupção, ao mau funcionamento dos serviços públicos e à realização de eventos esportivos que demandaram um alto gasto público. Os protestos foram convocados principalmente pela internet, por meio das redes sociais online. O evento, que posteriormente ficou conhecido como “Jornadas de Junho”, foi um marco na sociedade brasileira e seus reflexos merecem um estudo.

A dinâmica dos protestos lembrou manifestações ocorridas alguns anos antes em outros países, principalmente em razão da importância do uso da internet. Por essa razão, o presente trabalho analisou, em especial sob a ótica do sociólogo espanhol Manuel Castells, os protestos ocorridos na Tunísia, no Egito, na Síria, no Líbano, na Espanha e nos Estados Unidos no começo da segunda década do século XXI. Todos esses protestos foram marcados pela importância da internet na dinâmica de sua organização e mobilização, inaugurando uma nova espécie de movimento social, o movimento social em rede.

Após identificadas algumas características comuns entre esses movimentos, verificou-se no estudo sobre as Jornadas de Junho que elas seguiram a mesma lógica das manifestações analisadas previamente. Dessa forma, pode-se concluir que as manifestações brasileiras trazem consigo a possibilidade de construção de novas formas de se fazer política, mais ligadas ao uso de mecanismos de democracia direta e capazes de regenerar as instituições políticas brasileiras.

## 2. OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS EM REDE E AS JORNADAS DE JUNHO DE 2013

### 2.1 Poder e mídia: as novas configurações no mundo da autocomunicação de massa

Para compreendermos o impacto da difusão da utilização da internet na mobilização social e nas instituições estatais, é necessário ter em vista as relações entre poder e mídia. Como são poucos os sistemas institucionais que funcionam unicamente com base na coerção física, a produção social de significados adquire grande importância na conformação das relações de poder. Dessa forma, considerando que o poder é exercido não só por meio da coerção, mas em especial pela construção de significados na mente das pessoas, a comunicação é um dos fatores fundamentais para a formação das insti-

---

<sup>1</sup> Bruno Morais Avelar Lima é graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, mestrando do Curso de Pós-Graduação pela mesma instituição e bolsista pela CAPES.

tuições da sociedade, tendo em vista que é por meio dela que se realizam os processos de troca de informações intrapessoais e, conseqüentemente, as construções simbólicas. Em razão dessa relação entre poder e comunicação, portanto, é possível afirmar que uma mudança no ambiente comunicacional e midiático afeta as dinâmicas das relações de poder<sup>2</sup>.

Por esse motivo, é necessário analisar as recentes mudanças nas tecnologias de informação e seus possíveis reflexos nas relações de poder. Tal tarefa é realizada pelo sociólogo espanhol Manuel Castells no livro *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Nesse livro, Castells desenvolve a hipótese segundo a qual a era digital criou uma nova espécie do gênero movimento social<sup>3</sup> e desenvolve uma análise da formação, da dinâmica, dos valores e das perspectivas de transformação social desses novos movimentos numa tentativa de identificar os novos rumos da mudança social<sup>4</sup>.

Castells aponta que o surgimento do que ele denomina de “autocomunicação de massa” foi a mudança fundamental ocorrida no âmbito da comunicação a partir do uso da internet e das redes sem fio como plataformas de comunicação digital. A autocomunicação de massa consiste no processamento de mensagens de “muitos para muitos”, onde a produção da mensagem é decidida de maneira autônoma pelo remetente, “a designação da mensagem é autodirecionada” e a “recuperação de mensagens das redes de comunicação é autosselecionada”, baseando-se em redes horizontais de comunicação dificilmente controláveis pelo governo ou pelas empresas. Por essa razão, é um forma de comunicação que fornece uma plataforma tecnológica capaz de gerar autonomia aos atores sociais individuais e coletivos em relação às instituições da sociedade, gerando medo no governo e proporcionando uma relação de amor e ódio com as empresas, que tentam obter lucros com a internet, mas também limitar seu potencial de liberdade<sup>5</sup>.

A autocomunicação de massa se difere do modelo de comunicação de massas, onde as mensagens são transmitidas de forma unilateral para uma audiência de massa. Isto é, de “um para muitos” e não “de muitos para muitos”, como é o caso da comunicação pela internet. Como as redes de poder (sejam elas as redes de política, de produção cultural, militar, de segurança, criminosas, de produção de tecnologia e administração do conhecimento) exercem sua influência, conforme observado anteriormente, influenciando a mente das pessoas. Então, “as redes de comunicação são fontes decisivas de construção do poder”<sup>6</sup>. Essa alteração do modelo comunicativo permite que os cidadãos da nova era da informação se envolvam na produção de mensagens autônomas nos meios de comunicação ao desenvolverem “redes autônomas de comunicação horizontal”. Nessa rede, as pessoas são capazes de lutarem contra os poderes constituídos, subverterem a prática da comunicação, construir e compartilhar projetos e superarem a “impotência de seu desespero solitário colocando em rede seu desejo”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a internet auxilia o exercício de um contrapoder, ou seja, uma força exercida contra os poderes constituídos que definem as regras e normas da sociedade, visando alterar as relações de poder, reivindicando e criando novos valores e

---

2 CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 14-15.

3 *Idem*, p. 25.

4 *Idem.*, p. 15.

5 *Idem*, pp. 15-16

6 *Idem*, p. 16.

7 *Idem*, p. 18.



objetivos, tarefa realizada pelos movimentos sociais ao longo da história. Os movimentos sociais são a “fonte da mudança social”, responsáveis pela transformação e pela constituição da própria sociedade e sua estrutura social ao se erguerem contra a dominação social, conforme assinala Castells<sup>8</sup>. Considerando sua importância, é necessário compreender, portanto, a relação entre os movimentos sociais e o advento das novas tecnologias de comunicação.

Dessa forma, dado que os meios de comunicação de massa tradicionais são amplamente dominados pelo governo e por grandes empresas de mídia, uma comunicação autônoma em relação a essas esferas do poder permite a organização de interesses diferentes daqueles colocados pelo poder institucional, o que é proporcionado pelos mecanismos de autocomunicação de massa. Assim sendo, o processo de comunicação autônoma é essencial para que os movimentos sociais exerçam um contrapoder “livre do controle dos que detêm o poder institucional”<sup>9</sup>.

Além de permitir maior autonomia, a autocomunicação de massa também altera as próprias características dos movimentos sociais. Isso porque as características dos processos comunicativos de um movimento social interferem em sua própria organização. Sendo assim, Castells aponta que “quanto mais interativa e autoconfigurável for a comunicação, menos hierárquica será a organização e mais participativo o movimento”, o que é favorecido pelas redes digitais de nossa época, uma vez que elas são multimodais, horizontais e os veículos “mais rápidos e autônomos, interativos, reprogramáveis e amplificadores de toda história”<sup>10</sup>.

Castells ressalta importância da comunicação na mobilização social, considerando-a um elemento fundamental por meio do qual os indivíduos constituem redes, mediante as quais se conectam a outros indivíduos. Nessas redes, os indivíduos se conectam emocionalmente a partir da troca de experiências, negociam interesses, buscam interesses comuns e se relacionam com outros indivíduos e a sociedade em geral. O aspecto emocional é essencial para que se formem redes de resistência à dominação, pois do ponto de vista do indivíduo, “os movimentos sociais são emocionais”, sendo o medo e o entusiasmo as emoções mais importantes para a mobilização social. Segundo Castells, para que se constitua uma ação coletiva, deve haver uma ativação emocional entre os indivíduos que a compõem, de modo a formar uma identificação a partir do compartilhamento de sentimentos. Desse modo, “se muitos indivíduos se sentem humilhados, explorados, ignorados ou mal representados, eles estão prontos a transformarem sua raiva em ação, tão logo superem o medo”. É necessário que surja o entusiasmo entre os indivíduos, que aparece “quando os indivíduos são mobilizados para um objetivo que apreciam”, gerando outro afeto, a esperança. A esperança e o entusiasmo apenas florescem quando se supera o medo. Por sua vez, o medo é superado pela expressão da raiva e da indignação. A raiva leva ao comportamento de assunção de riscos. E, quando o indivíduo supera o medo, “emoções positivas assumem o controle, à medida que o entusiasmo ativa a ação, e a esperança antecipa as recompensas por uma ação arriscada”<sup>11</sup>.

Logo, considerando o aspecto afetivo das mobilizações sociais, a comunicação exerce um papel crucial na construção de uma empatia cognitiva e afetiva entre os integrantes de um movimento social, pois “quanto mais as ideias são geradas de dentro do

---

8 *Idem*, p. 21.

9 *Ibidem*.

10 *Idem*, pp. 23-24.

11 *Idem*, pp. 21-23

movimento, com base na experiência dos participantes, mais representativo, entusiástico e esperançoso será ele, e vice-versa”<sup>12</sup>. Desse modo, partindo dessas premissas e tendo como objetivo investigar os movimentos sociais em rede surgidos a partir do novo ambiente de comunicação, Manuel Castells desenvolve hipóteses, procurando identificar suas características e perspectivas, sobre as mobilizações que ocorreram do começo do século XXI, tais como a Primavera Árabe, os paneleiros da Islândia, os Indignados da Espanha, o *Occupy Wall Street* nos Estados Unidos e as Jornadas de Junho no Brasil.

Desses movimentos, ainda que cada qual tenha suas peculiaridades locais, Manuel Castells aponta que há elementos comuns que conectam todas as manifestações. Delas emergiram uma noção de empoderamento social, um desprezo pelos governantes e pela classe política (ditatoriais ou pseudo-democráticas). Uma indignação provocada pela percepção de que há uma cumplicidade entre as elites financeiras e políticas, a superação do medo mediante a proximidade construída pelas redes de virtuais e os espaços urbanos ocupados. De forma que “novas formas de mudança social, mediante a capacidade autônoma de comunicar-se e organizar-se, têm sido descobertas por uma nova geração de ativistas, para além do alcance dos métodos usuais do controle empresarial e político”<sup>13</sup>.

## 2.1.2 Dos ventos da Tunísia e do Egito à Primavera árabe

As manifestações na Tunísia são apontadas por Castells como as precursoras da nova forma de movimento social em rede no mundo árabe. As revoltas se iniciaram com a viralização na internet de um vídeo de um vendedor ambulante ateando fogo em si mesmo em protesto frente ao prédio do governo tunisiano, após suas mercadorias terem sido confiscadas pela polícia. O evento foi o estopim de uma série de protestos contra o ditador Ben Ali. Apesar da violenta repressão policial, que matou e feriu centenas de pessoas, os protestos se proliferaram pelas províncias e na capital, quando então o ditador Ben Ali e sua família se viram obrigados a deixar a Tunísia. Encorajados, os manifestantes prosseguiram reivindicando o afastamento de todo o regime ditatorial ligado ao antigo líder. Exigiam liberdade política e de imprensa e pediam novas eleições democráticas. Na internet, os manifestantes divulgavam vídeos dos protestos e da violência policial e convocavam as pessoas às ruas e praças das cidades. Criou-se uma conexão entre o Facebook, o Youtube, o Twitter e a ocupação do espaço urbano, “pre-nunciando os movimentos que surgiriam em outros países”<sup>14</sup>.

A praça Gouvernement, em Kasbah, foi ocupada por diversas pessoas, que montaram barracas e organizaram assembleias populares onde os debates eram transmitidos por vídeo pela internet. Uma organização informal e sem líderes foi realizada para que as discussões aplicassem certas regras aos debates da praça, tentando mantê-los num tom educado e respeitoso, limitando o tempo de fala para que fosse permitida a participação de todos. Ainda que expulsos pela polícia, os manifestantes voltaram a ocupar a praça, indignados pela continuidade de pessoas ligadas a Ben Ali no poder, em especial após negócios da família Trabelsi, segunda esposa de Ali, terem sido expostos pelo WikiLeaks<sup>15</sup>.

Segundo Castells, a força motriz emocional básica dos protestos foi a “busca

---

12 *Idem*, p. 24

13 *Idem*, pp. 27-28

14 *Idem*, pp. 28-29

15 *Idem*, p. 30

por dignidade em reação à humilhação com base institucional”<sup>16</sup>. Assim, durante todo o ano de 2011, os manifestantes tunisianos prosseguiram em sua demanda pela plena democratização do país “apesar da persistente repressão policial e da presença contínua de políticos do antigo regime no governo provisório e nos níveis mais elevados da administração”<sup>17</sup>.

A alta taxa de difusão do uso da internet na Tunísia, bem como a presença de um ciberativismo crítico ao governo e a existência de um grupo de jovens desempregados com educação superior são mencionados por Castells como características essenciais para o desenvolvimento dos protestos. A internet exerceu um papel de difusão e coordenação da revolta, sendo utilizada pelos desempregados com diploma universitário para a comunicação e expansão do movimento, difundindo-se por meio dela vídeos, mensagens e canções contra a ditadura<sup>18</sup>.

No Egito, os protestos que tomaram conta do país em 2011 e 2012 tiveram algumas semelhanças, influenciados pelo movimento tunisiano. Milhares de egípcios se mobilizaram, ocupando a praça Tahrir, no Cairo, resistindo à repressão das forças policiais e militares, contra o regime ditatorial de Hosni Mubarak e, posteriormente, após a sua queda, o governo das forças militares do Conselho Supremo das Forças Armadas.

Conforme afirma Castells, “os espaços de resistência originais foram constituídos na internet, já que as formas tradicionais de protesto foram recebidas com enorme ferocidade por uma polícia que há muito tempo vinha torturando com impunidade”. Além disso, a internet foi um importante veículo de difusão dos vídeos que mostravam a repressão violenta das forças de segurança e as convocações para as manifestações eram feitas pelo Facebook<sup>19</sup>.

Assim como na Tunísia, a ocupação de espaços públicos também assumiu um papel preponderante para o desenrolar da revolução egípcia. Para Castells, “a forma social básica do movimento foi a ocupação do espaço público”, onde os manifestantes estabeleciam formas de autoadministração e solidariedade fora do controle do Estado, o que pode ser visto na praça de Tahrir. Estabeleceram-se laços de solidariedade comunal responsáveis pelo autogerenciamento logístico da vida cotidiana dos ocupantes, relativo a questões de higiene, alimentação, comunicação e assistência jurídica<sup>20</sup>.

Num determinado momento, o regime ditatorial de Mubarak cortou os serviços de internet do país visando paralisar os protestos. No entanto, essa medida se mostrou ineficaz. A atuação de ativistas locais e da comunidade internacional que auxiliou os egípcios permitiu que fosse restabelecido o uso da internet por outros meios. Posteriormente, diante da ineficácia de sua medida, o governo ditatorial acabou restaurando o acesso à internet. Castells destaca que o motivo fundamental da ineficiência da medida em paralisar os protestos foi o fato de que “as redes urbanas haviam assumido o papel que as redes da internet tinham desempenhado na origem das manifestações”<sup>21</sup>. Dessa forma, a interação entre as praças e as redes digitais foi essencial para que a comunidade revolucionária das praças resistisse à repressão e se conectasse por redes multi-mídia com outros egípcios e com toda a comunidade internacional, reunindo nas ruas

---

16 *Idem*, p. 31

17 *Idem* p. 35

18 *Idem*, pp. 34-35

19 *Idem*, pp. 53-54

20 *Idem*, p. 55

21 *Idem*, p. 61

uma diversidade de redes de contrapoder <sup>22</sup>.

Entretanto, após a queda de Mubarak, seguiu-se uma ditadura ainda mais repressora que a de seu antigo ditador. Os militares egípcios passaram a governar o país sob um regime fortemente autoritário, liderado pelo Conselho Supremo das Forças Armadas. A pretexto de levar a cabo uma transição rumo a eleições democráticas, os militares acabaram por esvaziar as promessas de democracia do movimento popular<sup>23</sup>, ainda que com a resistência das redes de contrapoder que se ergueram durante o processo revolucionário egípcio.

De toda forma, a derrubada dos ditadores Ben Ali e Mubarak na Tunísia e no Egito acabou exercendo influência em diversos países árabes. Em especial o caso egípcio, cujo país “é conhecido na imaginação cultural árabe como *um al-dunya* (‘mãe do mundo’)”<sup>24</sup>. Assim, foi instituído o Dia da Fúria (Youm al-Ghadah) na Argélia, Líbano, Jordânia, Mauritânia, Sudão, Omã, Iêmen, Bahrein, Líbia, Marrocos, Saara Ocidental, Arábia Saudita e Síria<sup>25</sup>. Ainda que cada região trouxesse suas peculiaridades sociais, os eventos ficaram conhecidos posteriormente como “Primavera Árabe”.

Como nos casos tunisiano e egípcio, o que se seguiu foi uma série de manifestações populares que clamavam por democracia, que em sua maioria foram respondidas por repressões estatais violentas. Jovens árabes que lutavam por mais dignidade, protestando também por meio de ocupações autoimolações, martírios simbólicos e ocupações dos espaços urbanos. Enfrentando, do mesmo modo, torturas, espancamentos e assassinatos<sup>26</sup>.

A Líbia sob regime do ditador Muammar Kadafi e a Síria de Bashar Al-Assad tentaram a todo custo reprimir os manifestantes. Os revoltados estavam obstinados em derrubar os regimes autoritários desses países. Os protestos, contudo, acabaram dando origem a uma intrincada série de eventos geopolíticos envolvendo lideranças mundiais, como os países europeus e os Estados Unidos, e entidades como a ONU e a OTAN. A truculenta repressão dos Estados ditatoriais aos manifestantes resultou na prática de crimes humanitários e em guerra civil.

De toda forma, Manuel Castells aponta que os levantes árabes seguiram a dinâmica dos protestos egípcios e tunisianos, uma vez que a organização, o debate e a convocação à rebelião foram feitos pela internet, posteriormente se prolongando para o espaço urbano. Citando os trabalhos de Philip Howard e Muhammad Hussain, Castells indica que a difusão e o uso de Tecnologias de Informação e Comunicação nos países muçulmanos ou de significativa população islâmica foram essenciais para o fortalecimento da sociedade civil e de sua autonomia, que desafiou as ditaduras locais. Indicando ainda que as redes digitais tiveram um importante efeito sobre a intensidade e a potência dos levantes árabes, o que levou Howard e Hussain a afirmarem que elas tiveram um papel causal na Primavera Árabe, colocando-a como evento histórico singular, na medida em que foi a primeira série de sublevações políticas digitalmente mediadas<sup>27</sup>.

A criatividade político-artística também é um elemento importante que resulta

---

22 *Idem*, p. 75

23 *Idem*, p. 76

24 *Idem* p. 79

25 *Idem*, p. 77

26 *Idem*, p. 79

27 *Idem*, pp. 86-88

dos movimentos nas redes da internet, segundo Castells, pois, como foi possível perceber em especial na Síria, os movimentos utilizaram o poder das imagens e das narrativas em um ambiente virtual artístico para a conexão emocional entre os ativistas, de forma que a cultura foi um instrumento de transformação política. É destacada por ele da mesma forma a função dos blogs políticos em promover uma cultura de debate e ativismo que contribuiu para o pensamento crítico entre os jovens árabes. Sendo assim, o sociólogo espanhol conclui afirmando que os levantes árabes nasceram “na aurora da explosão da era digital no mundo árabe”<sup>28</sup>.

### 2.1.3 As acampadas dos Indignados e o Occupy Wall Street

Na Espanha, o contexto social era de crise econômica e política resultante do colapso financeiro de 2008 quando eclodiram manifestações massivas. O governo não cumprira suas promessas eleitorais e aplicava políticas de austeridade econômica, promovendo cortes orçamentários e gerando grande impacto nas áreas da saúde, educação e serviços sociais.

Foi assim que, por meio do Facebook, algumas pessoas começaram a debater os problemas políticos do país e criaram um grupo denominado *Democracia Real Ya*, no qual denunciavam a falta de representatividade dos partidos políticos espanhóis, que administravam a crise econômica atendendo aos interesses dos banqueiros e não dos cidadãos. Esse grupo elaborou um manifesto criticando o sistema político e convocando todos a uma manifestação. O manifesto foi divulgado principalmente pela internet e conseguiu mobilizar milhares de pessoas nas cidades de Madrid, Barcelona, Valência e outras cidades espanholas. Ao final dos protestos, grupos de manifestantes decidiram ocupar as praças públicas para debater o que seria uma “democracia real” e outros temas, como ocorreu na praça *Puerta del Sol*, em Madrid, e na praça *Catalunya* em Barcelona. Assim surgiram os acampamentos espanhóis (*acampadas*)<sup>29</sup>. O rótulo posto pela mídia de “Indignados” acabou se popularizando<sup>30</sup>.

Dessa forma, um movimento de ocupações se espalhou por mais de cem cidades espanholas e, inclusive, em outras cidades do mundo. Em especial, pela participação dos jovens de 25 a 30 anos, que compunham o perfil mais ativo na manifestação e que, assim como os manifestantes árabes, eram estudantes universitários e diplomados desempregados<sup>31</sup>.

Nessas ocupações, os manifestantes espanhóis se organizaram de uma forma horizontal e não hierarquizada, onde não havia lideranças formais e cada um representava a si mesmo. As decisões coletivas eram tomadas por meio de uma assembleia geral e comissões, onde os acampados tentavam deliberar mediante consenso, em reuniões nas quais todos participavam expondo seus pontos de vista e buscavam após longos debates entrar em acordos. Todavia, mesmo as decisões desses órgãos eram meramente simbólicas e não vinculavam as pessoas, que eram livres para tomarem suas decisões. Castells destaca que a horizontalidade e a ausência de lideranças que caracterizaram o movimento decorriam das experiências das redes de internet, uma vez que elas proporcionam um ambiente onde as funções de coordenação são exercidas pela própria rede,

---

28 *Idem*, p. 89.

29 *Idem*, p. 92.

30 *Idem*, p. 93.

31 *Idem*, p. 94-95



que é horizontal e sem liderança<sup>32</sup>.

Em seus debates, os manifestantes buscavam mecanismos de reinvenção da democracia na prática, além de criticar os políticos, o sistema representativo, o processo eleitoral e o gerenciamento injusto da crise econômica. As discussões sobre a democracia se pautavam principalmente pela ideia de participação ampla de todos os envolvidos e na reforma das instituições políticas. Castells destaca que em Barcelona, um dos grupos de debate que mais duraram foi aquele que debateu como o movimento se organizaria e que elaborou estratégias e práticas de implementação de democracia participativa<sup>33</sup>.

Nesse sentido, Castells identifica na transformação do processo político democrático o objetivo unificador dos protestos. Os participantes demonstravam bastante ceticismo em relação aos políticos e aos partidos políticos tradicionais, por isso o protesto foi considerado como apartidário. Não por isso deixando de ter um viés político, dado que a intenção dos manifestantes era agir por fora do sistema institucional, uma vez que “a ampla maioria dos participantes achava que as regras institucionais de representação haviam sido manipuladas”<sup>34</sup>. Ao fim e ao cabo, do ponto de vista institucional, o movimento não conseguiu muitas conquistas. No entanto, conforme destaca Castells, o que se valorizou mais nas ocupações foi o processo e não o produto. Isto é, a busca de um programa político definido ou do delineamento de um projeto preconcebido como produto foi menos importante do que a própria experiência democrática que se tentou desenvolver no próprio movimento, das assembleias e das comissões de deliberação, que se mostraram como “curvas de aprendizagem da nova democracia”<sup>35</sup>.

As ações dos espanhóis se espalharam por todo o mundo, influenciando pessoas de outros países a iniciarem movimentos em busca da democracia. Foi assim que, nos Estados Unidos, uma mobilização social sem precedentes ganhou força. O contexto do país era semelhante ao espanhol, pois grande parte da população, em 2011, ainda amargava as consequências da crise econômica de 2008, quando os partidos políticos americanos apoiaram o socorro ao sistema financeiro após o seu colapso e Barack Obama frustrou as esperanças da população em relação às suas promessas eleitorais. Some-se a isso o aprofundamento das desigualdades sociais, dado que “a renda americana apropriada pelo 1% mais rico pulou de 9% em 1976 para 23,5% em 2007”. Além disso, entre os anos de 1998 e 2008, ainda que o crescimento cumulativo da produção tivesse chegado a 30%, os salários reais cresceram somente 2% no mesmo período, tendo o setor financeiro apropriado a maior parte dos ganhos de produtividade<sup>36</sup>.

Revoltados com a influência do dinheiro na política e influenciados pelos movimentos árabes e espanhóis, começaram a surgir na internet uma série de manifestos conclamando as pessoas a “se rebelarem contra o sistema de tirania econômica de forma não violenta” e a ocuparem *Wall Street*, o berço do sistema financeiro americano e mundial, razão pela qual o movimento ficou conhecido como *Occupy Wall Street*. Assim, em 17 de setembro de 2011, na cidade de Nova Iorque, foram feitas manifestações em *Wall Street* e, posteriormente, foi ocupado o *Zuccotti Park*<sup>37</sup>.

---

32 *Idem*, pp. 106-107

33 *Idem*, p. 108.

34 *Idem*, p. 113.

35 *Idem*, pp. 119-120.

36 *Idem*, p. 121.

37 *Idem*, p. 126.

Seguiram-se, então, novas manifestações e, com a difusão de imagens e notícias pela internet, as ocupações foram se espalhando por outras diversas cidades americanas, como Chicago, Boston, Washington, São Francisco, Los Angeles, Nova Orleans, Las Vegas, Salt Lake City e Cincinnati<sup>38</sup>. A propagação rápida pelas diversas cidades americanas demonstrou o profundo descontentamento e a indignação da população em geral, desconfiada com a organização política e econômica<sup>39</sup>. A insatisfação atingia um número grande de pessoas e por essa razão a manifestação era bastante diversificada social e ideologicamente. No entanto, assim como ocorreu nas manifestações em outros países, o perfil majoritário dos protestantes era de jovens instruídos<sup>40</sup>.

Castells destaca a importância do papel da internet para o movimento, tendo em vista que sua difusão geográfica rápida foi reflexo de sua propagação viral pelos meios virtuais. Sendo assim, afirma que o movimento “nasceu na internet, difundiu-se pela internet e manteve sua presença pela internet, já que muitas ocupações, assim como grupos específicos e outras redes sociais, criaram seus próprios sites”<sup>41</sup>.

Houve também a tentativa de estabelecer, nas ocupações, mecanismos de organização política a partir da ideia de democracia direta. Por recusar reproduzir em seu meio as práticas de democracia formal e de liderança personalizada, o movimento tentou experimentar novas formas de organização e deliberação “como modo de aprender, fazendo, o que é a verdadeira democracia”. Então, inventaram um modelo organizacional similar às experiências egípcias e espanholas, que chegou até os manifestantes a partir do que Castells chamou de processos de coevolução e mediante a polinização cruzada. Isto é, por meio da troca de experiências, consulta mútua e retroalimentação, as experiências de tomada de decisão cooperativa surgiram como padrão de organização comum em suas assembleias. Desse modo, o movimento não tinha lideranças formais e seguiu um modelo implícito de democracia direta, horizontal e baseada no consenso<sup>42</sup>. Sendo assim, Castells afirma que o movimento *Occupy* buscou “novas formas políticas, no interior do movimento, que poderiam prefigurar novas formas de democracia para a sociedade geral” e assim resgatando os “princípios fundadores da democracia de base comunitária como uma das fontes da revolução norte-americana”, para além das práticas atuais das instituições políticas nos Estados Unidos<sup>43</sup>.

Há de se destacar ainda que o movimento obteve um resultado bastante expressivo em relação ao impacto sobre o discurso público. Colocando-se fora da política institucional e dos meios tradicionais de comunicação, desafiando o capitalismo global simbolizado por *Wall Street*, o *Occupy* conseguiu atingir a consciência do americano comum, de maneira que a questão da desigualdade social traduzida no slogan dos “99% contra o 1%” se difundiu amplamente, sendo adotada inclusive por políticos americanos, ainda que de maneira cínica, e por comentaristas da mídia, que afirmavam representar os 99%<sup>44</sup>.

## 2.1.4 Os novos movimentos sociais em rede e suas características

Manuel Castells identifica em todos os movimentos relatados acima um padrão

---

38 *Idem*, p. 127.

39 *Idem*, p. 130.

40 *Idem*, p. 131.

41 *Idem*, p. 132.

42 *Idem*, pp. 141-142.

43 *Idem*, p. 147.

44 *Idem*, pp. 155-156.

emergente. Há algo em comum que demonstra o surgimento de uma nova espécie de movimento social, a qual se deve estar atento em razão da importante função que as mobilizações sociais têm desempenhado ao longo da história no sentido de se constituírem como agentes de mudança, criando novos valores e novas instituições. Ainda que cada um desses movimentos tenham as peculiaridades de seus contextos sociais e locais específicos, Castells identifica em todos eles um “modelo dos movimentos sociais na era da internet”<sup>45</sup>.

Os movimentos sociais da era da internet apresentam em comum algumas características. Eles são conectados em redes de múltiplas formas, sejam essas redes online ou offline, que são preexistentes ou formadas durante as ações de um movimento. As novas tecnologias criam a plataforma necessária para que possam surgir organizações em rede, influenciando em sua configuração sem lideranças e nem centros de comando, mas de forma horizontal, cooperativa e descentralizada, de modo que as chances dos indivíduos participarem ativamente do movimento são aumentadas. As redes virtuais também auxiliam na mobilização e na proteção às ameaças de repressão<sup>46</sup>.

Além disso, são movimentos que buscam ocupar o espaço urbano, por meio da ocupação de praças ou manifestações de rua, criando um híbrido interativo entre ruas e redes da internet. Esse híbrido cria um terceiro espaço, segundo Castells, que é um espaço de autonomia, que é organizado pelos espaços livres das redes de comunicação. São também movimentos globais e locais, pois, ainda que se mobilizem em razão de contextos próprios e partam para ocupação de espaços urbanos, existe uma constante troca de experiências, em especial a partir da internet, com o mundo inteiro. De certa forma, também geram outras formas de temporalidade, pois, em suas práticas, buscam em seus acampamentos organizar sua vida tal como se vivessem a alternativa de seus sonhos, buscando na prática novas formas de vida e de comunidade.<sup>47</sup>

Castells caracteriza esses movimentos como virais, pois eles se espalham seguindo a lógica da internet, de maneira rápida, difundindo-se por toda parte. Além disso, são movimentos sem liderança e críticos da representação política atual, dado que rejeitam a política instituída, após se sentirem traídos e manipulados por ela. Buscando uma forma de autogoverno praticado por todos os participantes<sup>48</sup>.

Os movimentos são pacíficos e rejeitam a violência, envolvendo-se na desobediência civil pacífica, o que os leva a se engajar em ocupações dos espaços públicos para pressionar as autoridades, uma vez que não reconhecem nos canais institucionais possibilidades de uma participação justa. O que não significa que não sejam combativos e pratiquem a autodefesa, em especial nos casos árabes onde a repressão era ainda mais brutal<sup>49</sup>. Castells ainda aponta que esses novos movimentos sociais em rede são voltados para a mudanças dos valores da sociedade, visando transformar o Estado, sem que tenham como objetivo se apropriar dele. Por fim, coloca que são movimentos políticos, no sentido que “propõem e praticam a democracia deliberativa direta, baseada na democracia em rede. Projetam uma nova utopia de democracia em rede baseada em comunidades locais e virtuais em interação”<sup>50</sup>.

---

45 *Idem*, p. 163.

46 *Idem*, p. 164.

47 *Idem*, p. 165.

48 *Idem*, pp. 166-167

49 *Idem*, p. 168.

50 *Idem*, p. 169.

## 2.2. As Jornadas de Junho de 2013

A separação abismal entre a sociedade civil brasileira e os seus governantes ficou novamente em evidência quando milhões de brasileiros tomaram as ruas em manifestações de protesto no ano de 2013. No evento que ficou conhecido como Jornadas de Junho, maior manifestação recente no nosso país desde as Diretas Já e o Fora Collor, pessoas de diferentes ideologias e crenças demonstraram sua indignação quanto ao governo representativo, aos partidos políticos e ao Estado, questionando a má qualidade dos serviços públicos, os gastos excessivos com megaeventos esportivos, a violência dos aparatos repressivos estatais, a desigualdade social, a corrupção e a cobertura da mídia tradicional.

As Jornadas de Junho causaram grande comoção social e trouxeram consigo esperanças de transformações no cenário político brasileiro. No entanto, como as manifestações tiveram um caráter difuso, heterogêneo e complexo, muitas dúvidas e até mesmo certo ceticismo persistem sobre o tema. Por outro lado, o estudo de Castells acerca dos novos movimentos sociais em rede podem nos auxiliar a lançar luzes sobre esse fenômeno.

Os eventos se iniciaram em São Paulo, no dia 6 de junho de 2013, quando o coletivo Movimento Passe Livre iniciou uma série de protestos contra o aumento da tarifa do transporte coletivo público na capital paulista. Nos primeiros dias de protesto, havia poucos manifestantes, que fechavam avenidas e ruas da cidade. A polícia reprimiu a manifestação com o uso de gás lacrimogêneo e tiros de bala de borracha. Inicialmente, a imprensa e os políticos deslegitimaram os atos, qualificando-os como baderna e vandalismo<sup>51</sup>.

Os protestos continuaram a ocorrer nos dias seguintes. Entretanto, relatos e imagens denunciando a violência policial se disseminaram nas redes sociais, em especial no Facebook. Os próprios meios de comunicação que antes repudiavam a manifestação agora mudam o discurso de sua linha editorial e passam a denunciar os excessos da atuação policial. O protesto vai ganhando a adesão de vários setores da sociedade, que se indignaram com a violência estatal e a violação ao direito de liberdade de manifestação. Desse modo, os protestos foram se nacionalizando e milhares de pessoas em diversas cidades do país saíram às ruas para protestar, principalmente, contra a má qualidade do transporte público e a atuação abusiva dos policiais. Sites, blogs e páginas do Facebook convocavam os brasileiros a saírem em protesto.

Assim, a manifestação foi se tornando cada vez mais popular e passou a ganhar legitimidade, em grande medida graças ao uso da internet, como mecanismo de mobilização e organização, além de plataforma que permite a narração de fatos diferentes daqueles colocados pela mídia tradicional. Se antes o motivo principal dos protestos era o preço da passagem do transporte público, com a disseminação viral do movimento a sua pauta de reivindicação foi ficando cada vez mais difusa. Os manifestantes passaram a dirigir sua indignação contra a classe política em geral, dizendo que os representantes políticos não os representavam verdadeiramente. Também protestavam contra a corrupção e a gestão fraudulenta e ineficiente dos gastos públicos, criticando em especial a realização da Copa das Confederações e a Copa do Mundo, os dois megaeventos esportivos que se realizariam no país naquele ano e no seguinte. Assim, Regina Helena

---

51 Cf. JUDENSNAIDER, Elena et al. **Vinte centavos**: a luta contra o aumento. Veneta: São Paulo, 2013.

aponta que esses movimentos espelham “uma crise de fé nas instituições e formas de participação democráticas tradicionais”<sup>52</sup>.

A grande proporção das manifestações surpreendeu a todos e os protestos ganharam uma dimensão massiva. Cerca de dois milhões de pessoas em mais de quatrocentos municípios<sup>53</sup> se mobilizaram no mês de junho para expressar sua indignação com o sistema político. Os políticos estavam atônitos e sem saber reagir. Em várias cidades, os aumentos das tarifas de transporte coletivo anteriormente concedidos foram revogados. Em São Paulo, o prefeito e o governador desistiram de manter o aumento anunciado, que havia sido o estopim de todo o movimento. Ainda assim, as manifestações continuaram ganhando adeptos. No entanto, ao final daquele mês, os protestos foram diminuindo e nos meses seguintes tiveram continuidade apenas pontualmente em algumas cidades.

Maria da Glória Gohn destaca que as Jornadas de Junho advieram de ondas globais de protestos, como a Primavera Árabe e o *Occupy Wall Street*, ainda que as demandas refletissem pautas locais. Segundo ela, as manifestações foram marcadas por uma gestão descentralizada, cujos participantes atuavam com autonomia e não estavam sob a coordenação de uma liderança formal, o que as diferencia dos movimentos sociais tradicionais<sup>54</sup>. Gohn afirma que essas manifestações foram o maior evento político de 2013 e demonstram “uma força sociopolítica semioculta, que se despertou e poderá voltar à ação a qualquer momento”<sup>55</sup>. Tiveram como perfil a participação de jovens diplomados, dado que, conforme apontam dados do Ibope citados pela autora, na cidade de São Paulo, 53% dos participantes tinham menos de 25 anos e 77% tinham diploma universitário<sup>56</sup>. Sendo assim, demonstram o despertar dos jovens, afirmando ainda que:

As manifestações de junho de 2013 no Brasil faziam parte de uma nova forma de movimento social composta predominantemente por jovens, escolarizados, predominância de camadas médias, conectadas por e em redes sociais, organizadas horizontalmente, críticos das formas tradicionais da política, tal como se apresentam na atualidade – especialmente os partidos e sindicatos. Eles pregam autonomia em relação a essa forma antiga.<sup>57</sup>

O que unia os manifestantes não era a hegemonia de uma ideologia ou utopia, conforme aponta Maria da Glória Gohn, mas um sentimento de descontentamento, desencantamento e indignação contra a conjuntura política. Assim, os manifestantes rejeitavam lideranças verticalizadas e centralizadoras, razão pela qual não se pode apresentar a manifestação como um todo homogêneo<sup>58</sup>.

Gohn ainda afirma que o descontentamento com a política em geral coloca a questão da democracia como o aspecto mais profundo das Jornadas de Junho. As manifestações colocam em evidência a crise de legitimidade nossa democracia e a falta de canais de expressão para que a população em geral possa manifestar. É em razão da crítica à democracia concebida apenas formalmente e na busca por uma democracia

---

52 SILVA, Regina Helena Alves da. Vandalismo e política nas redes sociais. In: SILVA, Regina Helena Alves da (org). **Ruas e redes: dinâmicas dos protestos**BR. Belo Horizonte: Autêntica, 2014, p. 146.

53 GOHN, Maria da Glória. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos Indignados no mundo**. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 8.

54 *Idem*, p. 9

55 *Idem*, p. 10

56 *Idem*, pp. 12-13.

57 *Idem*, p. 12.

58 *Idem*, p. 13



real que nas atuais manifestações podem ser buscados indícios de novas formas de organização na política, a partir de uma geração “que poderá combinar democracia representativa com a democracia direta via online”<sup>59</sup>. Pode-se dizer, portanto, que as manifestações são grandes laboratórios de experimentação sobre novas formas de operar na política<sup>60</sup>.

Marcos Nobre também vislumbra uma possibilidade de construção de outras formas de política, enxergando as manifestações de junho como um movimento “antipemedebista”. Segundo Nobre, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), constituindo-se como “centrão” que comandou uma neutralização dos movimentos e organizações sociais desde a abertura política pós-regime militar, tem bloqueado a participação popular no sistema político, blindando-o contra a sociedade, num processo que ele denomina “pemedebismo”<sup>61</sup>. Assim, o PMDB se configurou como elemento que bloqueia a democracia no país, tendo sido figura comum em todos os governos desde então ao compor um bloco suprapartidário dentro do sistema político que restringe a participação popular<sup>62</sup>. Todavia, conforme aponta Nobre, os manifestantes de junho se manifestaram por recusarem essa unidade política e representarem a possibilidade de confrontar o “pemedebismo” e construir uma nova cultura política democrática<sup>63</sup>.

Por sua vez, para Marco Aurélio Nogueira, junho anunciou uma nova dialética política, uma vez que os manifestantes querem outro tipo de política e não mais a política de políticos e manifestantes partidários, desejando mais horizontalidade nas atuações e menos disciplina militante. Há, portanto, um questionamento do ativismo tradicional, buscando-se uma luta mais por direitos e reconhecimento do que por poder, ainda que as velhas e novas formas de ativismo possam se combinar e se beneficiar reciprocamente<sup>64</sup>. Para Nogueira, no entanto, existem riscos na abertura ao protagonismo genérico, pois nas reivindicações pela democracia também houve muita intolerância e incompreensão nas manifestações<sup>65</sup>. Para ele, é ainda necessário encontrar sujeitos políticos qualificados para criar pontes entre as manifestações e o Estado<sup>66</sup>.

Parte da interpretação sobre as manifestações de Rudá Ricci converge no mesmo sentido que aquela dos autores acima mencionados. Ele aponta que, em contraponto ao modelo hierárquico, de comando e de centralidade da ação, as manifestações seguiram uma lógica polifônica, descontínua e de construção de discurso por consenso, seguindo um ideário autonomista, de horizontalidade e de democracia direta<sup>67</sup>. Acrescentando que as manifestações de junho “podem ser compreendidas no marco do embate de formas e ideários do século XX com os do século XXI”, identificando a lógica do século passado com a burocracia, o planejamento e verticalização e a do novo século com estruturas flexíveis, descentralizadas e cogeridas<sup>68</sup>. Sendo assim, Ricci afirma que as manifestações foram motivadas por uma intenção oposicionista em relação a toda

---

59 *Idem*, pp. 64-65.

60 *Idem*, p. 84.

61 NOBRE, Marcos. **Choque de democracia**: razões da revolta. São Paulo: Cia das Letras, 2013, p. 7.

62 *Idem*, p. 39

63 *Idem*, p. 40

64 NOGUEIRA, Marco Aurelio. **As ruas e a democracia**: ensaios sobre o Brasil contemporâneo. Brasília: Contraponto, 2013, pp. 53-54.

65 *Idem*, p. 52

66 *Idem*, p. 63

67 RICCI, Rudá.; ARLEY, Patrick. **Nas ruas**: a outra política que emergiu em junho de 2013. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2014, p. 179

68 *Idem*, pp. 211-215

uma estrutura de poder e sua lógica elitista e excludente <sup>69</sup>, que aliena da maior parte da população a oportunidade de participar democraticamente das decisões que afetam a todos.

O que se pode depreender das visões analisadas é que as Jornadas de Junho de 2013 possuem as características dos novos movimentos sociais em rede descritas por Manuel Castells. Nas mobilizações sociais brasileiras desse período, também podemos identificar a importância desempenhada pela internet, assim como nas manifestações analisadas na seção anterior. De modo que foi possível verificar também aqui uma conexão de redes, offline e online, que permitiu a organização de uma grande manifestação social de modo descentralizado, horizontal e cooperativo nas ruas e redes brasileiras. Além das importantes funções de auxílio na construção da legitimação do movimento, na denúncia da repressão estatal e na mobilização que a internet desempenhou nos protestos, que se espalharam de maneira viral pelo território nacional e nas páginas virtuais. Ademais, a rapidez com que a manifestação se espalhou geograficamente pelo território nacional indica um aspecto viral, difundindo-se rapidamente e seguindo a lógica da internet. A tática das ocupações de ruas e praças foi também utilizada nas manifestações brasileiras, constituindo-se como um mecanismo fundamental para a criação de espaços de autonomia para os manifestantes e dando visibilidade às demandas para a sociedade em geral. Nos espaços urbanos ocupados, demonstrou-se a capacidade de autogestão coletiva, propondo e praticando uma forma de democracia direta. Outra característica partilhada com as manifestações mundo afora foi o fato dos brasileiros também criticarem veementemente a representação política atual e buscarem alternativas políticas fora da política instituída. Da mesma forma, o protesto se voltou mais para a mudança de valores da sociedade e a transformação do Estado do que para a sua apropriação. Tendo sido conduzido de forma cooperativa pela internet e sem a necessidade de lideranças, a partir de uma troca comum, buscando a autoexpressão e a participação ampla de todos.

Dessa forma, podemos inserir as Jornadas de Junho de 2013 no ciclo de lutas globais dos novos movimentos sociais em rede, que ligam desde as revoltas na Tunísia, no Egito, na Primavera Árabe, na Espanha e nos Estados Unidos. O próprio Castells, no posfácio da edição de *Redes de Indignação e Esperança*, incluiu um texto comentando as manifestações brasileiras, afirmando que no Brasil, assim como o restante mundo, há um irreversível “empoderamento dos cidadãos, sua autonomia comunicativa e a consciência dos jovens de que tudo que sabemos do futuro é que eles o farão” <sup>70</sup>.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas tecnologias de comunicação alteraram a própria dinâmica da mobilização social, tendo surgido uma nova espécie de movimento social, que Manuel Castells denominou de movimentos sociais em rede. Em vários países, esses movimentos foram capazes de exercer uma contestação dos poderes constituídos, fossem eles ditaduras ou governos democráticos que na verdade pouco permite a participação popular nas decisões coletivas.

Essa nova forma de mobilização social tem o potencial de regenerar a legitimidade das instituições políticas, marcadas atualmente pelo panorama de crise da democ-

---

69 *Idem*, p. 223

70 CASTELLS, 2013, *Op.cit.*, p. 186.

racia representativa brasileira e a descrença geral dos cidadãos em relação a elas. Tal possibilidade deve passar pela ampliação dos canais de participação popular nas instituições, tendo em vista o engajamento político e a estrutura proporcionada pelas novas tecnologias digitais. De forma que vínculos entre representantes e representados, bem como a combinação entre o sistema representativo e os mecanismos de participação direta, possam ser fortalecidos por meio de uma democracia digital.

Desse modo, é preciso estar atento às possibilidades democráticas criadas pela internet, estimulando e reivindicando cada vez mais práticas democráticas em uma sociedade que ganha em autonomia e capacidade de se expressar de forma cada vez mais de forma intensa. As tendências democráticas que desses movimentos devem ser valorizadas e assim se concretiza o modelo jurídico-político de uma democracia participativa, tornando as atuais desacreditadas instituições políticas mais legítimas ao diminuir a distância entre representantes e representados, dando voz e capacidade de escolha a estes.

## 4. REFERÊNCIAS

### Livros:

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos Indignados no mundo**. Petrópolis: Vozes, 2014.

JUDENSNAIDER, Elena et al. **Vinte centavos: a luta contra o aumento**. Veneta: São Paulo, 2013.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Trad. Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MALINI, Fábio; ANTOUN, Henrique. **A internet e a rua: ciberativismo e mobilização nas redes sociais**. Porto Alegre: Sulina, 2013.

NOBRE, Marcos. **Choque de democracia: razões da revolta**. São Paulo: Cia das Letras, 2013.

NOGUEIRA, Marco Aurelio. **As ruas e a democracia: ensaios sobre o Brasil contemporâneo**. Brasília: Contraponto, 2013.

RICCI, Rudá.; ARLEY, Patrick. **Nas ruas: a outra política que emergiu em junho de 2013**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2014.

ROLNIK, Raquel *et al.* **Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2013.

SILVA, Regina Helena Alves da (org). **Ruas e redes: dinâmicas dos protestosBR**. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

### Capítulos de livros:

SILVA, Regina Helena Alves da. Vandalismo e política nas redes sociais. In: SILVA, Regina Helena Alves da (org). **Ruas e redes: dinâmicas dos protestosBR**. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.



# CROWDFUNDING: FINANCIAMENTO COLETIVO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

Júlia Rocha de Barcelos<sup>1</sup>

Rodolfo Viana Pereira<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O financiamento coletivo, conhecido por “crowdfunding”, é um método de obtenção de fundos para um projeto ou iniciativa, por meio de uma chamada aberta, normalmente na internet, que admite a participação de um vasto número de pessoas. Esse método foi amplamente utilizado em campanhas eleitorais ao redor do mundo, como a do então pré-candidato à presidência dos Estados Unidos, Barack Obama, em 2008.

No Brasil, contudo, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que esse método de financiamento não está previsto na legislação corrente e demonstrou preocupação, ainda, com o fato de que o sistema poderia dificultar a individualização das doações. Inobstante, o Ministro Henrique Neves consignou a necessidade dessa forma de financiamento ser discutida no âmbito do Congresso Nacional, uma vez que a vedação de recebimento de recursos de pessoas jurídicas, até então as mais relevantes doadoras de campanha, exige a adoção de novas estratégias de financiamento. Nesse sentido, deve-se ter em vista ainda as possibilidades de participação em rede e a tendência de envolvimento do brasileiro na Internet.

Diante desse cenário legislativo e social é importante estudar, analisar e compreender os elementos essenciais a um modelo de *crowdfunding* que respeite os princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, serão primeiramente expostas as razões pelas quais é importante discutir a implantação desse modelo de financiamento no Brasil. Ademais, serão estudados os pontos suscitados pelo TSE na Consulta nº 20887 e exposta a regulamentação da doação de campanha no Brasil – sobretudo a Lei 9.504/1997 e as Resoluções TSE n. 23.463/2015, 23.217/2010 e 23.216/2010 – para, dessa forma, identificar os pontos essenciais ao financiamento de campanha a serem preservados em eventual mudança legislativa. Por fim, pretende-se aferir a possibilidade de implementar o financiamento coletivo no Brasil segundo os princípios que regem o financiamento das campanhas.

## 2. POR QUE DISCUTIR O FINANCIAMENTO COLETIVO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL?

O modelo de financiamento eleitoral vigente no Brasil até as eleições de 2014 favorecia “a relação entre partidos e pessoas jurídicas, tornando pouco ‘rentável’ o ‘investimento’ em contato permanente e busca de recursos de eleitores comuns para o

---

1 Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE). Assessora na Procuradoria Regional Eleitoral em Minas Gerais. E-mail: jrdbl@hotmail.com

2 Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Eleitoral pela Universidade de Paris II. Pós-Graduado em Educação à Distância pela Universidade da Califórnia, Irvine. Graduado em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador Acadêmico do IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Coordenador-Geral da ABRADep - Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Membro da Comissão Nacional de Direito Eleitoral da OAB. Advogado sócio da MADGAV Advogados. E-mail: rvianapereira@gmail.com.

financiamento das campanhas eleitorais”<sup>3</sup>. Com efeito, “do total de R\$ 1,8 bi para as campanhas nacionais, as pessoas jurídicas foram responsáveis por R\$ 1,3 bi.”<sup>4</sup> no ano de 2014.

Esse modelo, contudo, foi recentemente modificado, tendo sido vetados dispositivos da Lei n. 13.165/2015 que regulavam a doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais<sup>5</sup>. O veto se fundou no entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650, de que essas contribuições violariam a igualdade política e os princípios republicano e democrático<sup>6</sup>.

A vedação de recebimento de recursos de pessoas jurídicas, até então as mais relevantes doadoras de campanha, exige a adoção de novas estratégias de financiamento e gastos de campanha.

Nesse ponto, tendo em vista que a doação de pessoas físicas é limitada a 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição<sup>7</sup>, percebe-se que sua capacidade de doação é, em regra, reduzida. A busca por recursos pode, dessa forma, continuar a desvirtuar o real objetivo das campanhas, “as quais deveriam servir mais à interlocução entre candidatos e eleitores e menos ao encalço pelos[...] financiadores”<sup>8</sup>.

Uma das alternativas vislumbradas foi a escolha de candidatos de alto poder aquisitivo que, não sofrendo a limitação acima, teriam condições de financiar a própria campanha, além de ter fácil acesso ao empresariado apto a contribuir como pessoa física<sup>9</sup>. Outra possibilidade, mais consentânea com a ideia de ampla participação, é o financiamento coletivo, que desempenhou importante papel em disputas eleitorais nos Estados Unidos, Finlândia, Espanha, entre outros<sup>10</sup>.

Com efeito, no julgamento da Consulta n. 27496, o Ministro Henrique Neves registrou que a questão do *webcrowdfunding* “é realmente interessante porque agora, com a proibição das pessoas jurídicas, é necessário que se busque novos meios para viabilizar que as pessoas físicas possam contribuir para as campanhas eleitorais”. Apontou ainda que “o Tribunal está à disposição para essa discussão [com o Congresso Nacional] para que se possa buscar algum mecanismo que em eleições futuras, não nessa, isso possa vir a ser implementado”<sup>11</sup>.

3 CERVI, Emerson Urizzi. Doadores, partidos e estratégias para o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil: uma análise sobre o reduzido número de doadores e os elevados valores doados para os candidatos a presidente em 2014. **Política e Sociedade**, Florianópolis, v. 15, n. 32, pp. 65-101. Jan/abr. de 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/45414/32074>>. Acesso em: 25/07/2016. p. 75.

4 *Idem*. p. 76.

5 BRASIL, Presidência da República. **Mensagem nº 358, de 29 de setembro de 2015**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13165-29-setembro-2015-781615-veto-148261-pl.html>>. Acesso em: 12/07/2015.

6 *Ibidem*.

7 BRASIL. **Lei das Eleições**. Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 30 set. 1997. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 12/07/2016.

8 PEREIRA, Rodolfo Viana; VIDAL, Luísa Ferreira. Big donors brasileiros: retrato das 10 (dez) empresas que mais doaram para as campanhas e para os diretórios nacionais dos partidos políticos dos candidatos à Presidência da República nas eleições de 2010. RIBEIRO, Patrícia Henriques; COSTA, Mônica Aragão; SILVA E GUERRA, Arthur. **Direito Eleitoral: leituras complementares**. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 391-413. p. 392.

9 SANTOS, Bruno. **Com restrições de campanha, partidos buscam peixes grandes para disputa**. Folhapers UOL. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1788200-com-restricoes-de-campanha-partidos-buscam-peixes-grandes-para-disputa.shtml>>. Acesso em 06/07/2016.

10 SANTANO, Ana Cláudia. **O financiamento da política: teoria geral e experiências no direito comparado**. 2ª Ed. Curitiba: Íthala, 2016. pp.83-90.

11 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Íntegra da sessão plenária de 01 de julho de 2016. Canal Justicaeleitoral. Disponível em <[https://www.youtube.com/watch?v=KJbTq9hzG\\_s](https://www.youtube.com/watch?v=KJbTq9hzG_s)> Acesso em 12/07/2016.



Percebe-se, assim, a necessidade de se problematizar o financiamento coletivo na realidade brasileira, notadamente tendo em vista que este tem uma faceta de “mobilização cívica de pessoas que sentem que sua participação pode ser mais efetiva e mais direta, criando laços mais profundos entre os componentes da comunidade e fomentando o sentimento de cidadania”<sup>12</sup>.

De fato, o avanço na tecnologia de informação e comunicação proporcionou a superação das dificuldades de mobilização de recursos e execução que eram enfrentadas pelos sistemas em redes, fazendo com que esses, mais flexíveis e adaptáveis, possam superar métodos centralizados de gestão<sup>13</sup>. Nesse ponto, o crowdfunding, marcado pela cooperação de uma coletividade voluntária indeterminada, permite a transformação do capital social, acumulado nas redes digitais em capital financeiro<sup>14</sup>, sendo percebido como meio de incentivo à participação de pessoas físicas no financiamento de campanhas<sup>15</sup>.

Deve-se considerar ainda que há uma recente tendência, verificada pelo IBOPE, de envolvimento político do brasileiro na internet<sup>16</sup>. Note-se nesse sentido que a campanha de financiamento coletivo realizada por duas amigas da presidente afastada em prol de Dilma Rouseff atingiu sua meta de 500.000 reais em 48 horas<sup>17</sup>.

A disseminação de mecanismos de *webcrowdfunding* no país é visível. Segundo reportagem do Jornal Estado de Minas, foram arrecadados perto de R\$ 50 milhões por meio de plataformas de financiamento coletivo no ano de 2015. As doações realizadas “podem ser simbólicas ou ultrapassar a casa dos R\$ 2 mil, mas, em média, giram perto de R\$ 150”<sup>18</sup>.

Tal valor corresponde, inclusive, ao valor médio de doações aos candidatos à presidência realizadas pela internet no ano de 2014, equivalente a R\$ 147,30<sup>19</sup>. Segundo Emerson Urizzi Cervi<sup>20</sup>:

(...), a maior média, R\$ 779,5 mil, foi em doações de “outros candidatos/comitês”, seguido da média de R\$ 602 mil para as doações de pessoas jurídicas. Já as doações de partidos políticos ficaram com a média de R\$ 354 mil. Depois há uma queda significativa nos valores médios, com R\$ 41,6 mil de média por operação de pessoas físicas e R\$ 4,9 mil para aplicações financeiras. A média de valor por doação pela internet foi a mais baixa, com R\$ 147,3 de média. Esses valores mostram como as doações pela internet foram a única modalidade capaz de inserir o eleitor comum no rol de doadores de campanha, pois mesmo para as pessoas físicas a média de R\$ 41,6 mil por doação é inviável para a maioria dos eleitores brasileiros.

Com efeito – e sem ignorar a exclusão digital que ainda subiste no país – nota-se

12 SANTANO, Ana Cláudia. **O financiamento da política** Op.cit., pp.85.

13 CASTELLS, Manuel. Toward a Sociology of the Network Society. **Contemporary Sociology**, Washington, vol. 29, n. 5, pp. 693-699, setembro 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2655234>>. Acesso em 15/07/2016. p. 695:

14 KHOMA, Natalia. Technologies of political (socio-political) crowdsourcing and crowdfunding: world experience and steps towards implementation in Ukraine. **Torun International Studies**, Toruń, v. 1, n. 8, pp. 49-60. 2015. Disponível em: <<http://apcz.pl/czasopisma/index.php/TSM/article/view/TIS.2015.005>>. Acesso em 16/07/2016. p. 54.

15 VENTURINI, Lilian. **O TSE acertou ou errou ao manter o veto ao financiamento coletivo de campanhas**. Nexo Jornal. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/O-TSE-acertou-ou-errou-ao-manter-o-veto-ao-financiamento-coletivo-de-campanhas>>. Acesso em 10/07/2016.

16 IBOPE INTELIGÊNCIA. **Quando o assunto é política, brasileiros são os mais ativos na web nas Américas**. 23 Jun 2016. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/quando-o-assunto-e-politica-brasileiros-sao-os-mais-ativos-na-web-nas-americas/>>. Acesso em 07/07/2016.

17 ROSSI, Marina. **A ‘vaquinha legal’ entra na campanha das eleições municipais 2016**. *El país Brasil*. 2016. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/08/politica/1468011468\\_841041.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/08/politica/1468011468_841041.html)>. Acesso em 11/07/2016.

18 CASTRO, Marinella. Novo jeito de captar recursos. **Estado de Minas**. Economia. p.6. 21 de agosto de 2016.

19 CERVI, Emerson Urizzi. Doadores, partidos e estratégias. Op.cit. p. 77.

20 *Ibidem*.

que a doação por meio da internet possibilita engajar o eleitor comum nas doações de campanha. Nesse sentido, o doutrinador Fernando Neisser reconhece que a internet é uma ferramenta inestimável para facilitar as doações de pequeno valor realizadas por pessoas físicas, que – diante de um cenário legal desestimulante – não estão acostumadas a participar da política com doações<sup>21</sup>.

Segundo a doutrinadora Ana Cláudia Santano, no entanto, o atual mecanismo de doação no sítio do candidato, partido ou coligação – que é gerenciado por operadoras de cartão de crédito – é caro, o que desestimula o seu uso<sup>22</sup>. No mesmo sentido, destaca Denise Goulart Schlickmann<sup>23</sup> que:

Os procedimentos operacionais demandados pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras praticamente inviabilizaram o uso desse meio de captação, pois as regras em vigor para esse pleito exigem de forma muito rígida o recebimento de recursos diretamente em conta bancária por transação bancária em que seja identificado diretamente o CPF do doador. Se assim não fosse, ainda, o tempo de campanha eleitoral é extremamente reduzido e dificulta em muito a operacionalização dos procedimentos necessários a captação de recursos por intermédio de cartões de crédito ou débito.

De fato, nessas eleições municipais de 2016 foram encontradas dificuldades para operacionalizar a doação tradicional pela internet. Operadoras como a Cielo chegaram a se negar a cadastrar campanhas, fazendo com que fosse necessária a edição da Portaria TSE n. 930<sup>24</sup>. Além disso, o tempo de campanha reduzido e os altos custos de operacionalização dessas doações dificultou o acesso por parte de candidatos com menos recursos.

Matéria veiculada pelo Jornal Hoje em Dia em 28 de outubro de 2016<sup>25</sup> corrobora esse ponto de vista ao apurar que “entre as capitais dos 26 estados brasileiros, apenas em seis os candidatos eleitos ou que foram para o segundo turno puderam contar com essa modalidade financeira. Os valores, porém são irrisórios na maioria dos casos”. A exceção foi o candidato à prefeitura do Rio de Janeiro, Marcelo Freixo, que – até então – havia arrecadado na internet R\$ 668,146 mil, montante equivalente a 46,24% do total angariado por ele.

É importante notar, contudo, que Freixo foi um dos candidatos que, não obstante a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral sobre o tema, utilizou para a arrecadação de recursos mecanismos de financiamento coletivo. Sua campanha de arrecadação consagrou-se inclusive como o maior *crowdfunding* do país<sup>26</sup>.

Para além dessas constatações a respeito da necessidade do *crowdfunding*, deve-se destacar que o financiamento coletivo tem as seguintes vantagens, expostas

---

21 REPERCUSSÃO GERAL. Participação de Fernando Neisser no programa Repercussão Geral, da Rádio Justiça, tratando de duas consultas analisadas e rejeitadas pelo TSE, uma referente ao crowdfunding para campanhas eleitorais e outra sobre os limites da pré-campanha. 2016. Disponível em: <<https://soundcloud.com/fneisser/programa-repercussao-geral-radio-justica-fernando-neisser-12072016>>. Acesso em 25/07/2016.

22 VENTURINI, Lilian. **O TSE acertou ou errou ao manter o veto ao financiamento coletivo de campanhas**. Op.cit.

23 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. 8ª ed. Curitiba: Juruá, 2016. Pp. 210-211.

24 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria n. 930**, de 01.09.2016. Orienta sobre os procedimentos a serem observados na arrecadação eleitoral de recursos por meio de cartões de crédito. Disponível em:<[www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/portaria-tse-930](http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/portaria-tse-930)>. Acesso em 12/07/2016.

25 LAGÓA, Tatiana; MARIANO, Raul. À míngua na web: captação de recursos para campanhas pela internet foi nula ou irrisória. **Hoje em Dia**. Primeiro Plano, p. 4. 28 de outubro de 2016.

26 NOGUEIRA; Ítalo. **Campanha de Freixo se torna a maior 'vaquinha' do país**. Folha de São Paulo. 06/10/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes-2016/2016/10/1820627-campanha-de-freixo-se-torna-a-maior-vaquinha-do-pais.shtml>>. Acesso em: 10/10/2016.

em detalhes por Ana Cláudia Santano no artigo “O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições”<sup>27</sup>: (i) permite a integração de candidatos que não recebem recursos do Fundo Partidário; (ii) está ao alcance de todos sem os trâmites burocráticos da atual legislação e sem submeter o doador ao julgamento social; (iii) promove a transparência imediata dos gastos.

## 2.1. ÓBICES AO FINANCIAMENTO COLETIVO DE CAMPANHA SEGUNDO O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O Tribunal Superior Eleitoral se deparou pela primeira vez com tema do financiamento coletivo de campanha em Consulta formulada pelo Deputado Federal Jean Willys no ano de 2014<sup>28</sup>. É interessante observar que, embora essa consulta tenha sido realizada antes da proibição de doação por pessoas jurídicas, ela foi formulada por deputado filiado a um partido em cujo estatuto verifica-se a seguinte disposição<sup>29</sup>:

Não serão aceitas contribuições e doações financeiras providas, direta ou indiretamente, de empresas multinacionais, de empreiteiras e de bancos ou instituições financeiras nacionais e/ou estrangeiros, sempre no marco das vedações contempladas pelo art. 31 da Lei 9096/95.

Na Consulta nº 20887, a Corte rejeitou a possibilidade do financiamento coletivo, ao fundamento de que esse método de doação não está previsto na legislação vigente. Os principais pontos que fundamentaram a decisão foram: (i) a previsão do art. 23, §4º, da Lei 9.504/97, segundo o qual o mecanismo de arrecadação das doações deve estar disponível em “sítio do candidato, partido ou coligação na internet”; (ii) a existência de um organizador, figura intermediária que poderia ser remunerada percentualmente pelos valores que viessem a ser captados; (iii) a frequente vinculação de doações coletivas a programas de recompensas; (iv) a impossibilidade de delegar a emissão dos recibos das doações a terceiros, sendo imprescindível a identificação do doador<sup>30</sup>.

Nova consulta formulada no ano de 2016 por Alessandro Molon e Daniel Coelho – já após a proibição de doação por pessoas jurídicas, portanto – não chegou a ser conhecida pela Corte, ao fundamento de que a questão já fora apreciada “ainda que com outra roupagem”<sup>31</sup>.

O teor dessas decisões foi criticado por seu caráter restritivo. Segundo Ana Cláudia Santano, “percebe-se uma posição de cautela por parte do TSE nos dois casos”, bem

27 SANTANO, Ana Cláudia, O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições. Op.cit., pp. 49-53.

28 O financiamento coletivo consiste na obtenção de capital para iniciativas de interesse coletivo através da agregação de múltiplas fontes de financiamento, em geral pessoas físicas interessadas na iniciativa. Traduz-se por ações na Internet (websites) com o objetivo de arrecadar dinheiro para diversos fins. Destarte, indaga: 1- Considerando a jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral, bem como a legislação eleitoral vigente, a arrecadação de recursos através de websites de financiamento coletivo mostra-se lícita no que tange às campanhas eleitorais? 2- Tendo em vista que o financiamento coletivo prevê a figura de um organizador, que é o responsável pelo repasse dos recursos arrecadados ao destinatário final, como seria operacionalizada a emissão de recibos eleitorais? É permitida a emissão de somente um único recibo em nome do organizador, ou são exigidos tantos recibos quantos os participantes do financiamento coletivo e em nome destes? 3- Permite-se a divulgação do financiamento coletivo? Se sim, por quais meios de comunicação e de que forma? BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 20887**. Acórdão de 22/05/2014. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>>. Acesso em: 12/07/2016. p. 3.

29 PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. **Estatuto**. Estatuto com a redação dada pelas alterações aprovadas no II Congresso Nacional do Partido Socialismo e Liberdade, realizado em 22 de agosto de 2009, na cidade de São Paulo-SP. Brasília, 2010.

30 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 20887**. Op.cit., pp. 5-7.

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 27496**. Acórdão de 01º/07/2014. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>> Acesso em: 15/09/2016. p. 4.

como um “apego injustificado à norma”<sup>32</sup>. Já para Ivar A. Hartmann,<sup>33</sup> “a lógica do TSE foi perigosa [...]. Afirmou que era necessária autorização explícita do legislador para permitir algo que nunca foi proibido. Como se o crowdfunding fosse manifestação de intervenção estatal, e não expressão da liberdade de organização e participação política.”

Há, contudo, quem considere acertada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral. É o caso de Fernando Neisser, para quem não poderia a Corte substituir o Poder Legislativo criando regras a respeito do financiamento coletivo pela internet<sup>34</sup>. Neisser pontua que os sítios de financiamento existentes têm mecanismos internos de arrecadação e repasse para o beneficiário que poderiam, de fato, impedir a individualização e identificação dos doadores. Ademais, as empresas que prestam serviço de intermediação técnica de pagamentos na internet violariam a lei eleitoral ao cobrar uma porcentagem sobre o valor transacionado depositando para o beneficiário apenas o saldo. Isso porque a legislação eleitoral exige que todo o recurso financeiro de campanha transite pela conta criada para esta finalidade, o que não ocorre quando utilizados tais mecanismos<sup>35</sup>.

Tendo se manifestado somente em Consultas, o TSE terá ainda a oportunidade de se pronunciar sobre a questão em casos concretos, diante da utilização de sítios e aplicativos de financiamento coletivo nas Eleições 2016, nas campanhas de Marcelo Freixo, Luciana Genro, Fernando Haddad e João Dória, entre outros. Isso porque a professora Ana Cláudia Santano formulou representação ao Ministério Público Eleitoral contra essas plataformas, as quais estariam em desacordo com o que fora decidido nas Consultas<sup>36</sup>.

Deve-se observar, por fim, que nada impede que a legislação seja modificada para admitir o financiamento coletivo de campanha. Sabe-se, no entanto, que “o papel dos recursos econômicos na política é ambíguo e [...] por isso [...] as reformas das leis que se relacionam ao tema não podem ser analisadas sem um diagnóstico do seu impacto e das possíveis mudanças que produzem no sistema democrático”<sup>37</sup>. Nesse diapasão, a legislação anterior, “amplamente permissiva em relação aos doadores”, gerou um “sistema altamente seletivo e restritivo”<sup>38</sup>.

## 2.2. A ARRECADAÇÃO DE RECURSOS DE CAMPANHA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma análise das normas que regeram a arrecadação de recursos de campanha ao longo do tempo demonstra que as mudanças normativas sempre se deram no sentido de ampliar a possibilidade de ingresso, prevendo modalidades que viabilizem a identificação do doador.<sup>39</sup> Com efeito, a Resolução TSE n. 21.609/2004<sup>40</sup>, dispunha, em acor-

32 SANTANO, Ana Cláudia, O financiamento coletivo de campanhas eleitorais Op.cit., p. 46.

33 HARTMANN, Ivar. TSE – Como estragar uma eleição. *Jota*. 03/07/2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/tse-como-estragnar-uma-eleicao>>. Acesso em: 15/09/2016.

34 REPERCUSSÃO GERAL. Participação de Fernando Neisser no programa Repercussão Geral, da Rádio Justiça, tratando de duas consultas analisadas e rejeitadas pelo TSE, uma referente ao crowdfunding para campanhas eleitorais e outra sobre os limites da pré-campanha. 2016. Disponível em: <<https://soundcloud.com/fneisser/programa-repercussao-geral-radio-justica-fernando-neisser-12072016>>. Acesso em: 25/07/2016

35 *Ibidem*.

36 CANÁRIO, Pedro. **Sites que centralizam doação para campanhas são ilegais, afirma professora**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-19/sites-arrecadacao-campanhas-sao-ilegais-afirma-professora>>. Acesso em: 15/09/2016.

37 SANTANO, Ana Cláudia. **O financiamento da política** Op.cit., p.36.

38 CERVI, Emerson Urizzi. Doadores, partidos e estratégias Op.cit., p. 75.

39 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. 8ª ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 186.

40 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 21.609**, de 9.3.2004. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas nas eleições municipais de 2004. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legis->

do com a redação original da Lei 9.504/1997:

Art. 3º Parágrafo único. Para os fins desta Instrução, são considerados recursos, ainda que fornecidos pelo próprio candidato:

- I - dinheiro em espécie;
- II - cheque;
- III - título de crédito;
- IV - bens e serviços estimáveis em dinheiro.

Em seguida, após a modificação legislativa promovida pela Lei 11.300/2006, a Resolução TSE 22.250/2006<sup>41</sup> passou a prever:

Parágrafo único. Para os fins destas instruções, são considerados recursos, ainda que fornecidos pelo próprio candidato:

- I - cheque ou transferência bancária;
- II - título de crédito;
- III - bens e serviços estimáveis em dinheiro.

Denise Goulart Schlickmann destaca a alteração referente à permissão de transferências bancárias “posto que certa a identificação da fonte de financiamento”<sup>42</sup>. Indica ainda que a ausência da previsão de doação por meio de dinheiro em espécie trata-se “tão somente de um lapso de revisão normativa”<sup>43</sup>. Diante disso, a Resolução TSE n. 22.715/2008<sup>44</sup> previu expressamente, em seu art. 1º, §3º que “quando se tratar de doação recebida de pessoa física ou jurídica, também são considerados recursos os depósitos em espécie devidamente identificados, até o limite fixado para as doações”.

No mesmo sentido, em 2009 – para as eleições de 2010, portanto – passou-se a admitir a captação de recursos na internet, inclusive por meio de cartões de crédito e de débito<sup>45</sup>. A Resolução TSE 23.217/2010<sup>46</sup>, editada em consonância com a Lei 12.034/2009, previu assim que:

Art. 1º § 1º São considerados recursos, ainda que fornecidos pelo próprio candidato:

- I – cheque, transferência bancária, boleto de cobrança com registro, cartão de crédito ou cartão de débito;
- II – título de crédito;
- III – bens e serviços estimáveis em dinheiro;
- IV – depósitos em espécie devidamente identificados.

Assim, segundo Schlickmann “a norma pretendeu ampliar tanto quanto possível,

[lacao/eleicoes-antiores/eleicoes-2004/resolucao-tse-n-216092004/index.html](http://lacao/eleicoes-antiores/eleicoes-2004/resolucao-tse-n-216092004/index.html)>. Acesso em 12/07/2016.

41 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.250**, de 10.7.2006. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legislacao/eleicoes-antiores/eleicoes-2006/resolucao-tse-n-222502006/index.html>>. Acesso em 12/07/2016.

42 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Op.cit., p. 184.

43 *Idem*, p. 185.

44 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.715**, de 29.5.2008. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos por candidatos e comitês financeiros e prestação de contas nas eleições municipais de 2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-tse-no-22-715-eleicoes-2008/view>>. Acesso em 12/07/2016.

45 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Op.cit., pp. 186-187.

46 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.217**, de 02.03.2010. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232172010.htm>>. Acesso em 12/07/2016.



as formas de ingresso de recursos em campanha eleitoral, sempre prevendo as modalidades que viabilizam a identificação do doador<sup>47</sup>. Com efeito, nos termos da Lei 9.504/1997<sup>48</sup> na redação pela Lei 12.034/2009:

§ 2o Toda doação a candidato específico ou a partido deverá ser feita mediante recibo, em formulário impresso ou em formulário eletrônico, no caso de doação via internet, em que constem os dados do modelo constante do Anexo, dispensada a assinatura do doador.

§ 4o As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta mencionada no art. 22 desta Lei por meio de:

I - cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos;

II - depósitos em espécie devidamente identificados até o limite fixado no inciso I do § 1o deste artigo.

III - mecanismo disponível em sítio do candidato, partido ou coligação na internet, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos:

a) identificação do doador;

b) emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada.

§ 6o Na hipótese de doações realizadas por meio da internet, as fraudes ou erros cometidos pelo doador sem conhecimento dos candidatos, partidos ou coligações não ensejarão a responsabilidade destes nem a rejeição de suas contas eleitorais.

Assim, detalhou a Resolução TSE 23.217/2010<sup>49</sup> que:

Art. 18. As doações de recursos financeiros somente poderão ser efetuadas na conta bancária mencionada no art. 9º desta resolução, por meio de (Lei nº 9.504/97, art. 23, § 4º):

I – cheques cruzados e nominais ou transferência eletrônica de depósitos;

II – depósitos em espécie devidamente identificados com o número de inscrição no CPF ou no CNPJ do doador até os limites fixados nos incisos I e II do § 1º do art. 16 desta resolução;

III – mecanismo disponível na página da internet do candidato, do partido ou da coligação, permitindo inclusive o uso de cartão de crédito, e que deverá atender aos seguintes requisitos:

a) identificação do doador com CPF;

b) emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada;

c) crédito na conta bancária de campanha até a data limite para entrega da prestação de contas;

d) vencimento do boleto de cobrança até o dia da eleição.

Parágrafo único. O depósito de doações, em qualquer montante, realizado diretamente em conta bancária, não exige o candidato, o partido político ou o comitê financeiro de emitir o correspondente recibo eleitoral.

Diante desses dispositivos, pode-se destacar as seguintes inovações normativas: (i) introdução do recibo eleitoral eletrônico; (ii) previsão de doação por meio de “mecanismo disponível em sítio de candidato, partido ou coligação”, desde que atendidos os requisitos de identificação do doador – com CPF, segundo a Resolução – e emissão obrigatória de recibo eleitoral para cada doação realizada; (iii) introdução de um elemento de fragilidade no controle ao prever a isenção de responsabilidade do candidato, partido ou comitê por “fraude ou erro cometido pelo doador”; (iv) previsão de datas limites para crédito do valor e vencimento do boleto de cobrança<sup>50</sup>.

47 *Idem.* p. 186.

48 BRASIL. **Lei das Eleições**. Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 30 set. 1997. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 12/07/2016.

49 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.217**, de 02.03.2010. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232172010.htm>>. Acesso em 12/07/2016.

50 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Op.cit., pp. 193-197.

Segundo Schlickmann, tendo em vista que a internet é “forma mais ampla e irrestrita de captação”:

Justamente por sua amplitude, automatização e, em consequência, a ausência do contato pessoal entre doador e donatário torna-se provável a ocorrência de doações de recursos de fonte vedada. Nessa situação, os mecanismos de fiscalização e controle precisam ser mais rígidos.<sup>51</sup>

Esse ponto é destacado, inclusive, na crítica de Ana Cláudia Santano à decisão do TSE. Segundo ela, o apego injustificado à norma se evidenciaria pelo fato que “já há a permissão de doações por Internet, prevendo, até mesmo, a não responsabilização de partidos e candidatos por fraudes ou erros cometidos sem o conhecimento destes e que envolvam esse tipo de aporte”<sup>52</sup>.

A importância de identificação do doador por seu CPF – ou CNPJ quando eram autorizadas doações por pessoas jurídicas – se justifica pela necessidade de consolidar os valores doados e remetê-los à Receita Federal para “aferição de eventual infração ao limite legal estabelecido para doações”<sup>53</sup>.

Segundo Denise Schlickmann, é importante notar ainda que a captação de recursos pela internet é apenas um outro meio de angariar doações e não uma espécie de doação em si. Essa possibilidade foi regulada de modo amplo, ou seja:

(...) uma vez identificado o doador e q quantia a ser doada, poderá o doador – de acordo com as possibilidades técnicas do mecanismo viabilizado pelo arrecadador – quitar a doação mediante diversas formas, de que são exemplo o boleto bancário, o cartão de débito e inclusive o cartão de crédito<sup>54</sup>.

No que se refere ao cartão de crédito, o pleito de 2010 contou com regramento detalhado da matéria por meio da Resolução TSE n. 23.216/2010<sup>55</sup>. Esta previu, entre outros, que:

Art. 4º Antes de proceder à arrecadação de recursos por meio de cartão de crédito, candidatos e comitês financeiros deverão:[...]

V – desenvolver página de internet específica para o recebimento dessas doações;

VI – contratar instituição financeira ou credenciadora de cartão de crédito para habilitar o recebimento de recursos por meio de cartão de crédito.[...]

Art. 8º Os recibos eleitorais são documentos oficiais que legitimam o ingresso de recursos em campanha eleitoral e deverão ser emitidos conforme modelo constante do Anexo I, da seguinte forma:

I – eletronicamente, pelo sítio do candidato, do comitê financeiro ou do partido político, dispensada, neste caso, a emissão da via do beneficiário da doação;

II – pelo Sistema de Prestação de Contas Eleitorais (SPCE);

III – preenchido manualmente em formulário impresso, no caso das doações recebidas mediante terminal de captura de transações com cartão de crédito.[...]

Art. 12. Todas as doações recebidas mediante o uso de cartão de crédito deverão ser lançadas individualmente na prestação de contas de campanha eleitoral de candidatos, comitês financeiros e partidos políticos.

51 *Idem.* p. 195.

52 SANTANO, Ana Claudia, O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições. *Op.cit.*, p. 46.

53 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais.** *Op.cit.*, p. 196.

54 *Idem.* p. 197.

55 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.216**, de 02.03.2010. Dispõe sobre a arrecadação de recursos financeiros de campanha eleitoral por cartões de crédito. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232162010.htm>>. Acesso em 12/07/2016.

Parágrafo único. As taxas cobradas pelas credenciadoras de cartão de crédito deverão ser consideradas despesas de campanha eleitoral e lançadas na prestação de contas de candidatos, partidos políticos e comitês financeiros.

Importante notar, nesse contexto, que “o cartão de crédito é tanto um meio de quitação de doações captadas pela internet quanto pode ser um meio próprio de arrecadação”<sup>56</sup>. Ressalta-se ainda, mais uma vez, a necessidade de que todas as doações sejam individualizadas e detalhadas de forma suficiente para a fiscalização pela Justiça Eleitoral<sup>57</sup>.

Nas eleições seguintes não foi editada norma específica a respeito da doação por meio de cartão de crédito, à exceção da mencionada Portaria TSE n. 930. Segundo ela, cumpre às instituições de pagamento emissoras de cartão de crédito encaminhar às instituições de pagamento credenciadoras de cartão de crédito o nome e o número do CPF do titular do cartão, bem como a data, horário e valor da doação. Compete aos candidatos, administradores financeiros, presidentes e tesoureiros dos partidos, por sua vez, verificar a correlação entre o doador e o titular do cartão, que deverão ser a mesma pessoa, além de emitir recibos eleitorais e verificar a origem e licitude dos recursos obtidos, “bem como a observância do limite estabelecido no art. 18, §1º da Resolução TSE 23.463/2015”<sup>58</sup>.

Importante, assim, analisar a Resolução 23.463/2015, aplicável às Eleições 2016. Segundo ela:

Art. 18. As pessoas físicas somente poderão fazer doações, inclusive pela Internet, por meio de:

I - transação bancária na qual o CPF do doador seja obrigatoriamente identificado;

II - doação ou cessão temporária de bens e/ou serviços estimáveis em dinheiro, com a demonstração de que o doador é proprietário do bem ou é o responsável direto pela prestação de serviços.

§ 1º As doações financeiras de valor igual ou superior a R\$ 1.064,10 (mil e sessenta e quatro reais e dez centavos) só poderão ser realizadas mediante transferência eletrônica entre as contas bancárias do doador e do beneficiário da doação.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se na hipótese de doações sucessivas realizadas por um mesmo doador em um mesmo dia.

§ 3º As doações financeiras recebidas em desacordo com este artigo não podem ser utilizadas e devem, na hipótese de identificação do doador, ser a ele restituídas ou, na impossibilidade, recolhidas ao Tesouro Nacional, na forma prevista no caput do art. 26<sup>59</sup>.

Nota-se que “as regras relativas à forma de arrecadação de recursos são idênticas independentemente do meio utilizado para a captação: direto ou pela internet”. Ademais, a discriminação dos meios de recebimento de recursos foi unificado no gênero “transação bancária na qual o CPF do doador seja obrigatoriamente identificado”<sup>60</sup>.

A essência dessa regra seria “a identificação cabal da origem, para fins de identi-

56 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Op.cit., p. 203.

57 *Idem*. p. 206.

58 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria n. 930**, de 01.09.2016. Orienta sobre os procedimentos a serem observados na arrecadação eleitoral de recursos por meio de cartões de crédito. Disponível em: <[www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/portaria-tse-930](http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/portaria-tse-930)>. Acesso em 12/07/2016.

59 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.463**, de 15.12.2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html>. Acesso em 12/07/2016.

60 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Op.cit., pp. 191-192.

ficação com precisão da licitude da fonte e dos limites legais aplicáveis”<sup>61</sup>. É importante ter em vista, nesse sentido, que, segundo o art. 25 da mencionada Resolução, eventual recurso ilícito recebido pelo candidato ou partido deve ser devolvido ao doador.

No que diz respeito especificamente à arrecadação internet, às normas da Resolução garantem igualmente a necessária identificação da origem dos recursos:

Art. 20. Para arrecadar recursos pela Internet, o partido e o candidato deverão tornar disponível mecanismo em página eletrônica, observados os seguintes requisitos:

I - identificação do doador pelo nome e pelo CPF;

II - emissão de recibo eleitoral para cada doação realizada, dispensada a assinatura do doador;

III - utilização de terminal de captura de transações para as doações por meio de cartão de crédito e de cartão de débito.

§ 1º As doações por meio de cartão de crédito ou cartão de débito somente serão admitidas quando realizadas pelo titular do cartão.

§ 2º Eventuais estornos, desistências ou não confirmação da despesa do cartão serão informados pela administradora ao beneficiário e à Justiça Eleitoral<sup>62</sup>.

Por fim, importante notar que, além da identificação do doador, outra regra considerada essencial à arrecadação de recursos é aquela que “determina que toda a movimentação financeira de campanha deve ocorrer na conta bancária específica de campanha eleitoral”<sup>63</sup>. Nesse sentido, o art. 22 da Lei 9.504/97, dispõe que “é obrigatório para o partido e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha”<sup>64</sup>.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, o financiamento coletivo é um meio capaz de promover a participação de pessoas físicas no fornecimento de recursos a campanhas eleitorais. Para além disso, já é uma realidade nas Eleições de 2016, de forma que é necessário pensar em uma forma de compatibilizá-lo com as normas jurídicas relativas à captação de recursos.

Percebe-se, ademais, que a principal preocupação normativa no ordenamento brasileiro é garantir a transparência na captação dos recursos. Com efeito, não só no país “a transparência tem sido durante muito tempo uma pedra fundamental do direito relativo ao financiamento de campanha” uma vez que “a divulgação informa aos eleitores sobre os interesses aos quais os candidatos podem ser mais suscetíveis”, bem como “garante aos eleitores localizar cada candidato no espectro político”<sup>65</sup>. No âmbito nacional acrescenta-se a essas preocupações ainda a necessidade de fiscalização do limite de doações, bem como da veracidade das doações, conforme a implementada pelo SISCONTA Eleitoral do Ministério Público Federal.

Assim, é necessário ponderar as objeções indicadas pelo Tribunal Superior

61 *Idem*. p. 191.

62 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.463**, de 15.12.2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html>. Acesso em 12/07/2016.

63 SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. Op.cit., p. 188.

64 BRASIL. **Lei das Eleições**. Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 30 set. 1997. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 12/07/2016.

65 TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. Financiamento de campanha: siga o dinheiro. in **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 11. n. 2. pp. 271-325, Maio/agosto 2016. Tradução: Adisson Leal e Cláudio Lucena. p. 313.

Eleitoral e pensar em mecanismos para superá-las.

É facilmente afastada a preocupação referente a programas de recompensa, uma vez que estes não são intrínsecos ao financiamento coletivo. Com efeito, segundo Henrique Cunha<sup>66</sup>, o termo *crowdfunding* “mostra-se como verdadeiro “guarda-chuva”, descrevendo variados formatos de financiamento de iniciativas por diferentes grupos de pessoas”. Assim, dentre as possíveis formas de financiamento coletivo – ao menos oito, segundo o autor –, se inseriria o *crowdfunding* tipo doação, cujo principal interesse é social, caracterizado da seguinte forma: “pessoas fornecem recursos para a realização de um determinado projeto/negócio, sem que nada seja prometido em retorno”.<sup>67</sup>

A necessidade de que o mecanismo se localize “no sítio do candidato, partido ou coligação”, além de representar um “apego exagerado à norma” nos termos expostos por Santano<sup>68</sup> - uma vez que ainda que o mecanismo de doação esteja no sítio do candidato, partido ou coligação, eles estão isentos de responsabilidade por erros nos dados informados - pode ser solucionada ainda de modo técnico.

Nesse ponto, segundo Ivar A. Hartmann, a questão poderia ser resolvida por *embedding* – “uma janela no próprio sítio do candidato com textos, formulários, botões etc. que na verdade são geridos pela empresa – ou ainda “as operações de doação facilitadas pela empresa de crowdfunding poderiam ser executadas por código hospedado no mesmo servidor que a página do candidato”<sup>69</sup>.

Restam, portanto, os problemas da figura intermediária – plataforma – que poderia ser remunerada percentualmente pelos valores que viessem a ser captados, bem como a impossibilidade de delegar a emissão dos recibos das doações a terceiros, sendo imprescindível a identificação do doador.

No primeiro ponto, é interessante observar que as plataformas não se diferenciam de forma marcante das credenciadoras de cartão de crédito, cujas taxas são consideradas – inclusive nos termos da Resolução 22.216/2010 – despesas de campanha a serem registradas na prestação de contas<sup>70</sup>. Assim, segundo Ana Claudia Santano: “caso se entenda que não pode haver essa cobrança, deverá a Justiça Eleitoral rever o seu posicionamento sobre os cartões, ou então desenvolver uma plataforma própria”<sup>71</sup>.

Lembra a autora ainda que há plataformas que realizam o serviço de graça, livre de comissão, destacando ainda que a existência de intermediários não parece afetar a natureza da doação em si, desde que garantida a transparência dos doadores originários.<sup>72</sup>

Dito isso, observa-se a possibilidade de regular o trâmite de informações e a responsabilidade dos candidatos em termos semelhantes ao da já mencionada Portaria TSE n. 930. Além disso: “pode-se também obrigar a plataforma a divulgar o nome dos doadores no mesmo espaço, tornando essas informações transparentes em tempo re-

---

66 CUNHA, Henrique. **Crowdfunding: o que é e de onde surgiu?** 1º de setembro de 2016. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/crowdfunding-o-que-e-e-de-onde-surgiu/>> . Acesso em: 10/09/2016.

67 *Ibid.*

68 SANTANO, Ana Claudia, O financiamento coletivo de campanhas eleitorais. Op.cit., p. 46.

69 HARTMANN, Ivar. TSE – Como estragar uma eleição. Op.cit.

70 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.216**, de 02.03.2010. Dispõe sobre a arrecadação de recursos financeiros de campanha eleitoral por cartões de crédito. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232162010.htm>>. Acesso em 12/07/2016.

71 SANTANO, Ana Claudia, O financiamento coletivo de campanhas eleitorais. Op.cit., p. 60.

72 *Idem.* p. 60



al"<sup>73</sup>.

A regulação e responsabilização das plataformas é questão discutida inclusive pela Comissão de Valores Mobiliários no âmbito de investimento coletivo (*equity crowdfunding*)<sup>74</sup>. Nesse sentido, sugere-se ainda que “estabeleçam as plataformas autorizadas a fazê-lo nas campanhas, ou mesmo que a Justiça Eleitoral desenvolva uma plataforma que atenda às especificidades da Lei”<sup>75</sup>.

Destarte, nota-se ser possível implementar o financiamento coletivo de campanha sem violar os princípios orientadores da regulação da arrecadação de recursos de campanha no Brasil, ainda que tal fato vá exigir um esforço legislativo e/ou regulamentador.

## 4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei das Eleições**. Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 30 set. 1997. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em: 12/07/2016.

\_\_\_\_\_, Presidência da República. **Mensagem nº 358, de 29 de setembro de 2015**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13165-29-setembro-2015-781615-veto-148261-pl.html>>. Acesso em: 12/07/2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 20887**. Acórdão de 22/05/2014. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>> Acesso em. 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 27496**. Acórdão de 01º/07/2014. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>> Acesso em: 15/09/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Íntegra da sessão plenária de 01 de julho de 2016**. Canal Justicaeleitoral. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=KJbTq9hzGs>> Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Portaria n. 930**, de 01.09.2016. Orienta sobre os procedimentos a serem observados na arrecadação eleitoral de recursos por meio de cartões de crédito. Disponível em: <[www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/portaria-tse-930](http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/portaria-tse-930)>. Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 21.609**, de 9.3.2004. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas nas eleições municipais de 2004. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legislacao/eleicoes-anteriores/eleicoes-2004/resolucao-tse-n216092004/index.html>>. Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.250**, de 10.7.2006. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legislacao/eleicoes-anteriores/eleicoes-2006/resolucao-tse-n222502006/index.html>>. Acesso em 12/07/2016.

---

73 *Idem*. p. 58.

74 CASTRO, Marinella. Quando o foco é o lucro. **Estado de Minas**. Economia. p. 7. 21 de agosto de 2016.

75 SANTANO, Ana Claudia, O financiamento coletivo de campanhas eleitorais. *Op.cit.*, p. 55.

[icoes-2006/resolucao-tse-n-222502006/index.html](http://icoes-2006/resolucao-tse-n-222502006/index.html)>. Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.715**, de 29.5.2008. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos por candidatos e comitês financeiros e prestação de contas nas eleições municipais de 2008. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-tse-no-22-715-eleicoes-2008/view>>. Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.216**, de 02.03.2010. Dispõe sobre a arrecadação de recursos financeiros de campanha eleitoral por cartões de crédito. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232162010.htm>>. Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 22.217**, de 02.03.2010. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2010/RES232172010.htm>>. Acesso em 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.463**, de 15.12.2015. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234632015.html>>. Acesso em 12/07/2016>.

CANÁRIO, Pedro. **Sites que centralizam doação para campanhas são ilegais, afirma professora**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-19/sites-arrecadacao-campanhas-sao-ilegais-afirma-professora>>. Acesso em: 15/09/2016.

CASTELLS, Manuel. Toward a Sociology of the Network Society. **Contemporary Sociology**, Washington, vol. 29, n. 5, pp. 693-699, setembro 2000. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2655234>>. Acesso em 15/07/2016.

CASTRO, Marinella. Novo jeito de captar recursos. **Estado de Minas**. Economia. p. 6. 21 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Quando o foco é o lucro. **Estado de Minas**. Economia. p. 7. 21 de agosto de 2016.

CERVI, Emerson Urizzi. Doadores, partidos e estratégias para o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil. **Política e Sociedade**, Florianópolis, v. 15, n. 32. pp. 65-101. Jan/abr. de 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/45414/32074>>. Acesso em: 25/07/2016.

CUNHA, Henrique. **Crowdfunding: o que é e de onde surgiu?**. 1º de setembro de 2016. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/crowdfunding-o-que-e-e-de-onde-surgiu/>>. Acesso em: 10/09/2016.

HARTMANN, Ivar. TSE – Como estragar uma eleição. **Jota**. 03/07/2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/tse-como-estragar-uma-eleicao>>. Acesso em: 15/09/2016.

IBOPE INTELIGÊNCIA. **Quando o assunto é política, brasileiros são os mais ativos na web nas Américas**. 23 Jun 2016. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/quando-o-assunto-e-politica-brasileiros-sao-os-mais-ativos-na-web-nas-americas/>>. Acesso em 07/07/2016.

KHOMA, Natalia. Technologies of political (socio-political) crowdsourcing and crowdfunding: world experience and steps towards implementation in Ukraine. **Torun Inter-**

**national Studies**, Toruń, v. 1, n. 8, pp. 49-60. 2015. Disponível em: <<http://apcz.pl/czaso-pisma/index.php/TSM/article/view/TIS.2015.005>>. Acesso em 16/07/2016.

LAGÔA, Tatiana; MARIANO, Raul. À míngua na web: captação de recursos para campanhas pela internet foi nula ou irrisória. **Hoje em Dia**. Primeiro Plano, p.4. 28 de outubro de 2016.

NOGUEIRA; Ítalo. **Campanha de Freixo se torna a maior 'vaquinha' do país**. Folha de São Paulo. 06/10/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes-2016/2016/10/1820627-campanha-de-freixo-se-torna-a-maior-vaquinha-do-pais.shtml>>. Acesso em: 10/10/2016.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. **Estatuto**. Estatuto com a redação dada pelas alterações aprovadas no II Congresso Nacional do Partido Socialismo e Liberdade, realizado em 22 de agosto de 2009, na cidade de São Paulo-SP. Brasília, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana; VIDAL, Luísa Ferreira. Big donors brasileiros: retrato das 10 (dez) empresas que mais doaram para as campanhas e para os diretórios nacionais dos partidos políticos dos candidatos à Presidência da República nas eleições de 2010. RIBEIRO, Patrícia Henriques; COSTA, Mônica Aragão; SILVA E GUERRA, Arthur. **Direito Eleitoral: leituras complementares**. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 391-413

REPERCUSSÃO GERAL. Participação de Fernando Neisser no programa Repercussão Geral, da Rádio Justiça, tratando de duas consultas analisadas e rejeitadas pelo TSE, uma referente ao crowdfunding para campanhas eleitorais e outra sobre os limites da pré-campanha. 2016. Disponível em: <<https://soundcloud.com/fneisser/programa-repercussao-geral-radio-justica-fernando-neisser-12072016>>. Acesso em 25/07/2016.

ROSSI, Marina. **A 'vaquinha legal' entra na campanha das eleições municipais 2016**. El país Brasil. 2016. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/08/politica/1468011468\\_841041.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/08/politica/1468011468_841041.html)>. Acesso em 11/07/2016.

SANTANO, Ana Claudia, O financiamento coletivo de campanhas eleitorais como medida econômica de democratização das eleições. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 11. n. 2, pp. 29-67, Maio/agosto 2016.

\_\_\_\_\_. **O financiamento da política: teoria geral e experiências no direito comparado**. 2ª Ed. Curitiba: Íthala, 2016.

SANTOS, Bruno. **Com restrições de campanha, partidos buscam peixes grandes para disputa**. Folhapress UOL. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1788200-com-restricoes-de-campanha-partidos-buscam-peixes-grandes-para-disputa.shtml>>. Acesso em 06/07/2016.

SCHLICKMANN, Denise Goulart. **Financiamento de campanhas eleitorais**. 8ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

TRIBE, Laurence; MATZ, Joshua. Financiamento de campanha: siga o dinheiro. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 11. n. 2. pp. 271-325. Maio/agosto 2016. Tradução: Adisson Leal e Cláudio Lucena.

VENTURINI, Lilian. **O TSE acertou ou errou ao manter o veto ao financiamento coletivo de campanhas**. Nexo Jornal. 2016. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/04/O-TSE-acertou-ou-errou-ao-manter-o-veto-ao-financiamento>>

[coletivo-de-campanhas](#)>. Acesso em 10 de julho de 2016.



# DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO: POR UMA LEITURA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES

Flávio Couto Bernardes<sup>1</sup>

Almir Megali Neto<sup>2</sup>

Frederico Machado Marques<sup>3</sup>

## 1. Introdução

A difusão da internet conecta cada vez mais pessoas e, por isso, acaba sendo um importante meio de comunicação através do qual movimentos políticos e sociais divulgam suas ideias. Nesse sentido, os meios de comunicação digital operam, atualmente, como uma importante ferramenta para o exercício da cidadania ativa, elemento essencial de qualquer regime democrático. Tanto é assim que se tem assistido à edição de diversos diplomas normativos que visam reger as interações pessoais realizadas neste domínio. No recorte feito por nós, para fins deste trabalho, a nova redação dada ao art. 36-A da Lei 9.504/97 pela Lei 13.165/2015 demonstra o reconhecimento da internet como importante meio de divulgação de plataformas e programas políticos de pré-candidatos a cargos eletivos mesmo em período pré-campanha, reconhecendo, portanto, o papel das redes sociais como canal de interação fundamental entre classe política e cidadãos.

Ressalte-se que o inciso V do art. 36-A da Lei 9.504/97 assegura, nos períodos pré-campanha, a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais. Dessa maneira, vê-se que o legislador ordinário se mostra sensível ao reconhecimento da internet como um importante meio para o exercício do direito à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, como importante instrumento de aproximação entre a classe política e cidadãos.

Uma vez reconhecido o importante papel de integração realizado pela internet entre cidadãos e representantes políticos cumpre-nos, agora, questionar se a divulgação de plataformas e projetos políticos que propagam desprezo e ódio a determinados grupos sociais com o propósito de humilhar e ofender certos projetos de vida estaria protegida pela imunidade material dos congressistas, mesmo quando proferida via internet. Nosso projeto constituinte admitiria a propagação de discursos de ódio como faceta do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão? Estariam os discursos de ódio eventualmente proferidos por parlamentares protegidos pela garantia da imunidade material dos congressistas assegurada aos parlamentares pela Constituição? Há possibilidade de responsabilização de parlamentares que porventura venham a proferir

---

1 Professor da Pós Graduação Strictu Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas e da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado. Email: [flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br](mailto:flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br)

2 Graduando de Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Email: [almir\\_megali@hotmail.com](mailto:almir_megali@hotmail.com).

3 Diretor da Associação Brasileira de Direito Tributário Jovem – ABRADT Jovem. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2015). Advogado. Email: [frederico.marques@bernardesadvogados.adv.br](mailto:frederico.marques@bernardesadvogados.adv.br)



discursos de ódio em suas mídias sociais no exercício do mandato?

São indagações que o presente trabalho pretende responder, considerando o atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a incipiente produção acadêmica sobre a matéria, bem como as exigências paradigmáticas sob a qual nossa ordem jurídico-política está erigida a fim de demonstrar que o discurso de ódio é mais do que a simples de liberdade de expressão de ideias e opiniões agindo, na realidade, como mecanismo de exclusão, opressão e silêncio de determinados grupos sociais. Sendo, assim, incompatível com o projeto aberto e inconcluso de um Estado Democrático de Direito que compreende seus diversos atores como dignos de igual respeito e consideração no marco de uma sociedade complexa, descentralizada e plural.

## 2. Liberdade de expressão vs. Discurso de ódio

Em resposta às arbitrariedades perpetradas pelo regime autoritário anterior e ao contexto de exclusão e marginalização vivenciado por determinados atores sociais que participaram ativamente dos trabalhos da constituinte de 1987-88, a CRFB/88 consagrou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos. Entre tais direitos e garantias encontra-se arrolada a liberdade de manifestação de pensamento e de expressão compreendida como “a tutela constitucional a toda mensagem passível de comunicação, assim como toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer temática”<sup>4</sup>.

Nada mais intuitivo, pois, modernamente, a Constituição deve ser concebida como um projeto aberto ao futuro incapaz de oferecer aprioristicamente um fundamento último de estabilidade e legitimidade para a ordem por ela inaugurada. É dizer, portanto, “que as Constituições vivenciam a questão da legitimidade como uma ausência de fundamento absoluto com que só podem lidar no correr do tempo histórico”<sup>5</sup>, mormente no contexto do nosso atual projeto constituinte erigido sob os princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (art. 1º, incisos III e V, da CRFB/88, respectivamente), cujo objetivo é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária para a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV, CRFB/88, respectivamente).

Nesses termos, reveste-se de importância a proteção constitucional às diversas formas de manifestação de pensamento e de expressão, pois o pluralismo é o traço distintivo do constitucionalismo democrático. Assim, a construção do sujeito constitucional será mais bem satisfeita na medida em que mais amplo for o acesso aos diversos canais de fala e aos espaços públicos de debate entre os variados atores sociais que concorrem entre si na luta pelo reconhecimento de seus projetos de vida como dignos de igual respeito e consideração.

Ao romper com a ordem autoritária anterior, o projeto constituinte inaugurado pela CRFB/88 teve de lidar com o dilema de como afirmar sua própria legitimidade sem se apoiar nos elementos constitutivos da ordem jurídica, política e social que lhe antecederam. Isso porque comunga de propósitos distintos do regime autocrático superado ao pretender instituir uma nova forma de integração dos cidadãos partindo de uma

4 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 350-351.

5 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, Davi. **Constitucionalismo e dilemas da justiça**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014. p. 27.

perspectiva preocupada com a consolidação da democracia e do respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dessa maneira, é defeso qualquer pretensão que almeje, em uma realidade democrática, a propagação de discursos que pregam desprezo e ódio a determinados grupos sociais com o propósito de humilhar e ofender certos projetos de vida excluindo-os da esfera pública de debate na qual constantemente se (re)constrói nossa identidade constitucional. A exclusão de atores determinantes para a construção da identidade constitucional do próprio processo de (re)construção dessa identidade equivale, em suma, à negação do texto constitucional engajado com a proteção à dignidade da pessoa humana e com o pluralismo político para construção de uma sociedade livre, justa e solidária livre de discriminações de qualquer espécie.

Deve-se exigir das instituições a promoção de debates que levem realmente a sério os diversos projetos de vida concorrentes entre si na luta pelo reconhecimento de sua dignidade como elementos constitutivos de um projeto constitucional democrático.

O que é constitucionalmente relevante para se assegurar a democracia é o bom e correto funcionamento das mediações institucionais que possibilitam, na normalidade institucional, o permanente debate dos argumentos e o acesso a informações. Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras<sup>6</sup>.

Em razão de sua incompletude, a Constituição estará sempre aberta a múltiplas interpretações. Desse modo, ganha relevo a participação do cidadão no processo de construção da identidade constitucional. Aqui, cidadania é mais do que o exercício periódico do direito ao voto. Significa uma noção de participação política ativa do cidadão a partir da qual cada indivíduo é concebido como titular de direitos de participação política fundamentais. Somente assim ter-se-á a possibilidade de construção de uma esfera pública de debate inclusiva na qual todos possam se ver como coautores das normas regentes da vida em sociedade.

Pois bem, tendo em vista o pluralismo inerente às sociedades modernas marcadamente descentralizadas, não se admite a redução do sujeito constitucional a uma única figura. Todo indivíduo forma e pertence ao sujeito constitucional cuja identidade deve ser apreendida no âmbito do debate público institucionalizado, isto é, circunscrito pelo discurso constitucional. Nesses termos, a construção da identidade constitucional será melhor apreendida quando todos os elementos constitutivos de sua identidade são igualmente considerados e reproduzidos na construção do sujeito constitucional.

É preciso que o máximo possível de identidades encontre acolhida no processo de construção da identidade do sujeito constitucional, uma vez que o processo de construção da identidade do sujeito constitucional não pode se reduzir a uma única figura, mas, pelo contrário, deve estar sempre aberta ao futuro e às possibilidades de (re)construção.

Não obstante o perigo de se perder o chão, o sujeito constitucional não pode permanecer imóvel e muito menos se manter fixo no mito imaginário que circunda a geração dos constituintes. A redução evolutiva do sujeito constitucional conduz certamente a patologias, à medida que os antigos constructos constitucionais

---

6 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 24.

de ontem tornam-se mais propensos a produzir recalque ou repressão do que a promover possibilidades de emancipação. A identidade constitucional em desenvolvimento repousa, como vimos, na invenção e na reinvenção. O que não significa, no entanto, que a identidade constitucional possa ser esculpida à vontade, ou que ela se encontre fadada a permanecer arbitrária<sup>7</sup>.

Para a devida construção da identidade do sujeito constitucional é imprescindível que seja assegurado a todos os indivíduos o direito fundamental à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão. Contudo, como todo direito, a liberdade de manifestação de pensamento e de expressão, como todo direito, não admite absolutização sendo, assim, limitada por outros direitos e garantias igualmente fundamentais levando-se em conta os elementos constitutivos do caso concreto. Isto é, “falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em um direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta”<sup>8</sup>.

Por isso, deve-se coibir que sejam proferidos discursos de ódio como uma faceta do legítimo exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento e de expressão. É que “a proteção à liberdade de expressão, principalmente no que se refere à incitação ao ódio, é confrontada com o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana”<sup>9</sup>.

O discurso de ódio é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia da liberdade de expressão. Ele consiste na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos<sup>10</sup>.

O discurso do ódio, portanto, surge quando nos utilizamos da linguagem, inicialmente assegurada pela liberdade de expressão, mas atribuímos um sentido ao discurso que nega ao outro o reconhecimento deles enquanto merecedores e detentores de iguais direitos<sup>11</sup>.

Não há como conceber manifestações que excluam o outro como sujeito de direito digno de igual respeito e consideração no marco de um Estado Democrático de Direito. Por meio de tais discursos cria-se “na sociedade um conceito pré-concebido desses grupos, mais se aproximando de um verdadeiro ato violento promovido por meios discursivos e que em nada se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito”<sup>12</sup>.

Quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos. Como muitas formas de escassez, esta é produzida pelo homem<sup>13</sup>.

Utilizados com o propósito de ameaçar, humilhar e ofender determinados projetos de vida pelo simples fato de aqueles serem distintos dos compartilhados por determinada parcela da população, os discursos de ódio, na verdade, atuam como instrumento silenciador das vozes menos ouvidas na sociedade. No entanto, “esses discursos

7 ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 110.

8 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. p. 374.

9 Idem, p. 378.

10 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 97.

11 POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso de ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. 2014. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2014.p.29.

12 Idem., p. 41.

13 SENNETT, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual**. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 18.

silenciadores devem ser silenciados para permitir que todos participem do debate”<sup>14</sup>.

Muitas destas aversões odiosas resultam das tensões de uma modernidade que arduamente tem reconhecido direitos às camadas antes silenciadas, mas que também é configurada socialmente por excessos e excedentes, imperando relações fundamentadas não na solidariedade ou na abertura ao *outro*, mas sim em um medo difusamente presente, em que a busca pelo *mesmo* de uma homogeneidade perdida soa como um alívio para muitos<sup>15</sup>.

Para diferenciar discursos de ódio do exercício legítimo da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão é essencial que se considere os elementos constitutivos do caso concreto. Somente a partir da consideração de todas as nuances que fazem de um determinado fato do mundo da vida um evento único e distinto dos demais é que se torna possível aferir eventual prática de discurso de ódio.

É que em um momento pós giro hermenêutico, reconhece-se que as palavras não possuem um sentido que lhes seja próprio, sendo imprescindível, assim, o trabalho do intérprete para atribuição de sentido a um determinado ato de fala. Não se trata mais, como antes, da busca do significado imanente à palavra, pois agora temos um olhar que é sempre condicionado pelas experiências do sujeito que interpreta. Esvai-se, dessa maneira, a busca pela intenção daquele que fala para configuração de um discurso ofensivo a determinado grupo. O sentido é atribuído ao discurso nas circunstâncias em que foi proferido segundo os usos de determinado contexto.

O contexto, desta feita, é um dos pontos determinantes na identificação do discurso de ódio, pois é ele quem permite, entre outros instrumentos, distinguir uma manifestação constitucionalmente protegida de uma ofensa perpetrada por meios discursivos<sup>16</sup>.

A partir de então, através do médium linguístico é que se torna possível a compreensão do mundo por meio de uma relação intersubjetiva, ou seja, sai de cena a noção da ciência iluminista crente na razão pura e objetiva do homem, que traçava os limites da interação sujeito/objeto e, por sua vez, entra em cena uma interação sujeito/sujeito, necessariamente mediada pela linguagem. O sentido de um termo não pode se dar apartado do contexto no qual fora proferido, de forma apriorística. Em outros termos, não basta o conhecimento das regras gramaticais do uso e significação de um termo, mas, antes de tudo, para a real compreensão de seu sentido, torna-se necessário estabelecer uma conexão entre realidade e linguagem, pois uma afirmação está inserida em um determinado contexto compartilhado pelos interlocutores.

Os falantes almejam estabelecer um entendimento consensualmente construído sobre algo do mundo. Por isso, a criação de métodos objetivos para se alcançar dito entendimento sobre as coisas da vida seria inviável para as relações interpessoais. Logo, o sujeito imerso em um horizonte histórico de sentido (limite e ao mesmo tempo condição de entendimento) busca, a partir de determinada tradição, a compreensão. Ocorre uma fusão de horizontes, pois texto e intérprete passam a dividir um horizonte comum. Dessa maneira, não há uma apropriação por parte do sujeito do sentido do objeto, mas sim

14 POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso de ódio no estado democrático de direito** Op.cit., p. 80.

15 PRATES, Francisco Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam**. 2015. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2015.p. 91.

16 POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso de ódio no estado democrático de direito** Op.cit., p. 29.

um diálogo que opera segundo um círculo hermenêutico. Tal movimento, contudo, não é vicioso porque tanto o intérprete quanto o objeto, no movimento de reconstrução de seu sentido, não saem do mesmo jeito que entraram.

Nesses termos, emerge a compreensão que, repita-se, é algo muito maior e complexo do que a simples apreensão de um suposto sentido objetivo ou de alguma obscuridade inerente ao discurso. Para compreender adequadamente o sentido de um discurso, torna-se necessário compreendê-lo a cada instante, isto é, em cada nova situação de aplicação concreta, como um evento distinto, irrepetível e único.

Aqui, é de se perguntar se discursos que propagam ódio, eventualmente proferidos por parlamentares, estariam protegidos pela imunidade material dos congressistas assegurada aos titulares de mandatos eletivos legitimamente concedidos pelo povo. Tais discursos, uma vez proferidos, seriam passíveis de responsabilização? Como poderia se dar dita responsabilização?

### 3. Imunidade material dos congressistas vs. Responsabilização pelos discursos de ódio eventualmente proferidos

É preciso salientar que a imunidade material dos parlamentares opera como garantia ao livre exercício da atividade parlamentar que contará com uma ampla liberdade de expressão e manifestação do pensamento, uma vez que os parlamentares terão a preservação de suas opiniões e palavras. Assim, no Brasil, os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e voto (art. 53, *caput*, da Constituição da República de 1988).

Trata-se de garantia conquistada a duras penas quando da superação do regime ditatorial pela promulgação da CRFB/88. É que com o golpe civil-militar de 1964 houve um rompimento com a ordem Constitucional até então vigente e o regime autoritário passou a perseguir aqueles que discordavam de seus propósitos, tendo como consequência a possibilidade de suspensão e cassação de seus direitos políticos e eventuais mandatos parlamentares.

Nesse contexto, não havia a menor possibilidade de se construir um regime democrático, uma vez que fatores como a subordinação de representantes legislativos à vontade do Executivo ditatorial, o cerceamento da representação dos variados setores da comunidade, a repressão violenta que praticamente extinguiu a oposição política ao regime e a redução do debate à visão oficial engajada com o esquecimento forçado não podem servir de molde para um modelo de democracia representativa. Pelo contrário, em tal ambiente, não há a menor possibilidade de construção de uma identidade constitucional preocupada com a construção da democracia e de práticas dialógicas, seja entre os Poderes do Estado, seja entre classe política e cidadãos.

Por isso, há de ser celebrada a consagração da imunidade material dos congressistas no rol do texto constitucional, pois em um regime que se pretenda democrático as decisões devem ser necessariamente tomadas quando precedidas de amplo debate e fluxo de ideias. E a imunidade concedida aos parlamentares visa justamente garantir maior liberdade para o exercício da função.

Sem dúvida, a finalidade das imunidades parlamentares é a proteção da independência do Poder Legislativo em relação aos outros Poderes e frente à própria sociedade, para que o mesmo possa desenvolver suas funções típicas e atípicas de forma adequada.



Assim sendo, eles (imunidades) visam ao desenvolvimento do princípio da separação dos Poderes e, com isso, desenvolve-se a própria lógica do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida, um Poder Legislativo independente reforça o princípio democrático<sup>17</sup>.

Ressalte-se que a própria origem inglesa do instituto remonta à necessidade de assegurar liberdade aos parlamentares para exprimir suas opiniões, palavras e votos sem que sobre eles pudesse recair qualquer tipo de sanção por parte do monarca.

As imunidades parlamentares surgiram na Inglaterra, com o fito de garantir independência ao Parlamento, por meio de concessão de liberdade aos parlamentares, que não seriam responsabilizados por suas opiniões ficando a salvo do arbítrio do monarca. Assim, consagrou o Direito Inglês a *freedom of speech* (liberdade de palavra) e a *freedom from arrest* (imunidade em face de prisão), na conhecida *Bill of Rights*, fruto da Revolução Gloriosa de 1688. Nesta carta de direitos ficou estabelecido que os Parlamentares gozariam de liberdade de expressão e de debate e, portanto, ficariam imunes quanto a opiniões proferidas no Parlamento, que não seriam objeto de questionamento em nenhuma corte ou tribunal, fora do próprio Parlamento. Já na *Bill of Rights*, cumpre observar, as imunidades parlamentares apresentaram os contornos modernos que chegam até os dias de hoje<sup>18</sup>.

E é salutar que assim o seja, principalmente quando se tem em vista o passado autoritário recentemente atravessado por nós, no qual a autonomia dos congressistas era constantemente sufocada pelas forças do regime ditatorial. Todavia, é preciso cuidado, pois a liberdade para o exercício do mandato não pode ser tida como direito fundamental absoluto a ponto de violar outros direitos fundamentais igualmente consagrados pelo texto constitucional. É que uma aplicação irrestrita do instituto “finda por permitir uma malversação do mesmo, uma utilização perniciosa que vem transformar as imunidades em meios de o congressista se furtar de responsabilidade, civil ou penal, mesmo quando pratica atos não relacionados com a função parlamentar”<sup>19</sup>.

Em suma, é preciso conceber a liberdade de manifestação para o exercício do mandato bem como a imunidade material dos congressistas como partes integrantes do sistema de direitos vigente entre nós e não como mecanismos pelos quais se admita subversão à lógica garantista e protetora dos mais variados projetos de vida.

Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso de modo relativo (ou limitado). Nesses termos, temos a afirmação da inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais, sendo a posição topográfica que ocupam no texto constitucional apenas um elemento circunstancial, mas nunca revelador de uma superioridade entre os mesmos.

Logo, no caso concreto em si é que se poderia verificar com segurança a extensão e os limites a serem impostos a um determinado direito fundamental<sup>20</sup>.

Como visto, o contexto especificamente considerado em que um ato de fala é proferido atua como fator determinante à diferenciação entre o exercício legítimo da liberdade de expressão e o abuso do referido direito. Vimos também que o projeto constituinte inaugurado no Brasil a partir da promulgação da CRFB/88 não admite discursos

17 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Op.cit., p. 827.

18 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. Comentário ao artigo 53, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2262.

19 Idem, p. 2263.

20 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Op.cit. p. 340.

de ódio como faceta de um suposto exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, exigindo-se a responsabilização como outra face inseparável da liberdade de expressão.

Apesar de necessária, a responsabilização pelos eventuais discursos que ultrapassem o limite legítimo para exercício da liberdade de manifestação de pensamento e expressão encontra resistência daqueles que veem, na responsabilização, um controle indevido do Estado sobre o exercício de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e assegurados aos indivíduos. Há também aqueles que acreditam que a permissão de discursos que propagam desprezo e ódio a determinados grupos seriam benéficos para o próprio amadurecimento da democracia.

Contudo, há que se questionar a custo de quais direitos devem ser tolerados ditos discursos e se realmente seria alcançado o mencionado amadurecimento democrático, se ainda existirem grupos excluídos da esfera pública de debate institucionalizado. A naturalização desses discursos fornece substrato à afirmação segundo a qual discriminações e opressões sejam permitidas pela Constituição enquanto a República Federativa do Brasil, por expressa dicção do texto constitucional, esteja erigida sob o princípio da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária sem discriminações de qualquer espécie.

Constata-se, assim, que é a presença do pensamento sobre uma espécie de igualdade de expressão, em tensão com a liberdade, que pode permitir-nos questionar e visualizar as consequências nefastas que os discursos de ódio podem gerar, pois se o Estado Democrático de Direito é lugar de compartilharmos nossas vivências, como compartilhar este mesmo *locus* com alguém que só deseja excluir e silenciar?<sup>21</sup>

Nesse sentido,

[...] a regulação do discurso de ódio pode ser compreendida como a proteção de certos tipos de bens públicos preciosos: uma garantia visível oferecida pela sociedade a todos os seus membros de que eles não estarão sujeitos a abuso, difamação, humilhação, discriminação e violência baseada na raça, etnia, religião, gênero e, em alguns casos, orientação sexual<sup>22</sup>.

Pois,

[...] as liberdades fundamentais, como a de expressão, não são incondicionadas ou absolutas, podendo e devendo ser limitadas em situações abusivas, pois se a Constituição de 1988 veda enfaticamente qualquer forma de censura, a mesma não protege aqueles que ilegitimamente exercem tais liberdades. A garantia ao direito, constitucionalmente elencado, de liberdade de expressão, na situação exposta, não pode ser compreendida como uma *guarita protetora* para pretensões não validáveis discursivamente. Não há um direito constitucional que garanta ou fomenta ofensas e ódios de qualquer espécie, mas ao contrário, haja vista que liberdade de expressão, sob esta luz, não é apenas um mecanismo “liberal” de “expressão”, mas preferencialmente um incentivo à “comunicação”, concebendo-se dialogicamente<sup>23</sup>.

É que afirmar a impossibilidade de censura ou controle prévio a qualquer manifestação de pensamento (como faz a CRFB/88 em seus artigos 5º, inciso IX, e 220, § 2º) não significa que, sobre possíveis manifestações odiosas, não recaia qualquer possib-

21 PRATES, Francisco Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito**. Op.cit., p. 171.

22 WALDRON, Jeremy. In. PRATES, Francisco Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito** Op.cit., p. 173.

23 PRATES, Francisco Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito**. Op.cit., p. 200.

ilidade de responsabilização. Ora, se somos capazes de deliberarmos acerca das melhores disposições a reger nossa vida em sociedade, sem a necessidade de um regente ou de um tutor, podemos (e devemos) ser responsabilizados por eventuais excessos cometidos.

Observa-se, desta maneira, que a circunstância da nossa Constituição garantir plena liberdade de pensamento e expressão, vedando claramente qualquer tipo de controle prévio ou censura (art.5º, inc. IX; art. 220, par. 2º.), não implica que a mesma impossibilite uma responsabilização posterior das consequências do exercício deste mesmo direito fundamental, como se tivesse estabelecido uma zona imunizada, em que nem mesmo os abusos mais graves pudessem ser sancionados. Ou seja, se levarmos a sério tanto o nosso projeto constitucional de democracia quanto a sua inserção no cenário internacional vigente, veremos que a responsabilização e possíveis restrições podem ser aplicadas e construídas como ferramentas, constitucionalmente adequadas, de fomento da própria liberdade de expressão<sup>24</sup>.

Dessa maneira, resta demonstrado que a necessidade de responsabilização por eventual discurso odioso proferido é medida que se impõe em virtude do silenciamento proporcionado com sua emissão em relação aos grupos em face dos quais são direcionados. Se os discursos de ódio possuem potencial suficientemente lesivo para calar e excluir os grupos vitimizados, o que dizer, portanto, nos casos em que forem proferidos por aqueles que exercem mandato representativo?

Mantendo coerência com o quê até aqui foi exposto, entendemos que a imunidade material dos parlamentares não impede sua responsabilização pelos discursos odiosos eventualmente proferidos, pois a imunidade material opera como instituto apto a possibilitar que o maior número de vozes possa ter acolhida na esfera pública de debate institucionalizado. Nesse sentido, vê-se que a inviolabilidade dos congressistas pelas suas palavras, votos e opiniões não pode ser estendida à eventuais discursos ódio sob pena de desvirtuamento da natureza do próprio instituto.

Ocorre que, não obstante, a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de acobertar todas as manifestações de parlamentares proferidas dentro das casas congressuais com a garantia da imunidade material, enquanto, as manifestações proferidas fora do recinto e via meio eletrônico deverão necessariamente guardar nexos de causalidade com o exercício do mandato para serem acobertadas pela imunidade material. O pretório excelso tem entendido tratar-se a matéria de questão *interna corporis* sob a qual não recaia qualquer possibilidade de apreciação judicial em deferência ao princípio da independência entre os Poderes do Estado.

Senão, vejamos:

EMENTA: QUEIXA-CRIME. PENAL. INJÚRIA. PARLAMENTAR. OPINIÕES CONEXAS AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. REJEIÇÃO DA INICIAL. A imunidade material (art. 53 da Constituição da República) protege o parlamentar, qualquer que seja o âmbito espacial (locus) em que exerça a liberdade de opinião, sempre que suas manifestações guardem conexão com o desempenho da função legislativa ou tenham sido proferidas em razão dela (prática *in officio* e *propter officium*, respectivamente). Precedente: Inq. 2874, Rel. Min. Celso de Mello. [...]. O exagero na utilização do vocábulo não se sobrepõe à imunidade parlamentar no que tem com o objetivo maior o exercício do mandato sem intimidações de qualquer ordem, abrangida a ação penal de caráter privado. O preceito de envergadura maior refere-se a opiniões, palavras e votos<sup>25</sup>. [...]

EMENTA QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNIZANTE MESMO QUANDO AS

24 Idem. p. 203-204.

25 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Originária nº 1819, Rel. Min. LuizFux, Primeira Turma, julgamento em 24/05/2016, DJ 09/09/2016.

PALAVRAS FOREM PROFERIDAS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. APLICABILIDADE AO CASO CONCRETO, POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS GUARDAM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS NO RECINTO DO PARLAMENTO. CARÁTER ABSOLUTO DA IMUNIDADE. PRECEDENTES. 1. A regra do art. 53, caput, da Constituição da República contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares guardem pertinência com suas atividades, ainda que as palavras sejam proferidas fora do recinto do Congresso Nacional. Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar. [...] A regra do art. 53, caput, da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. Mesmo quando evidentemente enquadráveis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão infensas à persecução penal. Configura-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como absoluta a imunidade material parlamentar quando as palavras tidas por ofensivas forem proferidas no recinto do Parlamento, dispensando-se a configuração da pertinência entre as ofensas irrogadas e o exercício da atividade parlamentar. Precedentes. [...] <sup>26</sup>.

Como visto, o atual entendimento do STF é de que as manifestações proferidas no Congresso deverão ser coibidas pelas próprias casas em respeito à autonomia e independência dos Poderes, sendo a matéria considerada questão *interna corporis*. Todavia, as manifestações de ódio proferidas fora do Congresso e por meio eletrônico (independentemente do local onde foram proferidas) não devem ser tidas como relacionadas ao exercício do mandato, por mais que o congressista tenha ideais opressores como plataforma política.

Assim, pela via judicial, não há possibilidade de responsabilização dos agentes políticos que porventura proferem discursos de ódio no exercício do mandato, desde que reste configurada a existência do nexo de causalidade entre a manifestação odiosa e o exercício do mandato. Questiona-se a possibilidade de existência de agendas ou plataformas políticas que propagam desprezo e ódio com o propósito de excluir e humilhar determinados grupo em uma ordem que se pretenda democrática e respeitadora da força normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No entanto, pode recair responsabilidade sob as manifestações odiosas eventualmente proferidas pelos congressistas. É que as respectivas casas possuem regimentos internos que tipificam a conduta que falte com o decoro do cargo. Como normas jurídicas que são, as disposições regimentais possuem força vinculante de modo que a violação a seus preceitos exige pronta e eficaz resposta do ordenamento de modo a restabelecer sua harmonia.

## 4. CONCLUSÃO

Partiremos da distinção entre liberdade de expressão e discurso de ódio, demonstrando que o projeto constituinte inaugurado no Brasil a partir da promulgação da República de 1988 não admite discursos de ódio como faceta de um suposto exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Demonstraremos, ainda, que uma leitura constitucionalmente adequada dos artigos 1º, inciso V ; 5º, incisos IV, VIII e IX; e 220, § 2º da Constituição da República de 1988 não admite que a liberdade de expressão seja exercida como obstáculo ao exercício dos demais direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

É que a liberdade de expressão está originariamente ligada à luta por direitos e

---

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 4177, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgamento em 12/04/2016, DJ 16-06-2016.

reconhecimento. Sendo assim, não pode ser exercida como instrumento de opressão e silêncio, devendo, portanto, ser passível de limitação, mas não de censura. Ou seja, a liberdade de expressão como direito fundamental deve ser concebida tanto em sua dimensão vertical quanto horizontal no sentido de, respectivamente, proteger o indivíduo em face do Estado, bem como proteger o indivíduo em suas relações com os demais indivíduos, atuando em qualquer caso como condição de possibilidade e manutenção da própria democracia.

O discurso de ódio é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia da liberdade de expressão. Ele consiste na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos<sup>27</sup>.

Parte-se do pressuposto de que, em sociedades complexas, modernas e plurais, todos os projetos de vida são dignos de igual respeito e consideração e que sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito deve haver o reconhecimento da necessidade de se coibir a disseminação de discursos de ódio sob as vestes da liberdade de expressão, mormente quando se tem em vista que a liberdade de expressão não é direito fundamental absoluto. Logo, exige-se a responsabilização como outra face inseparável da liberdade de expressão.

## 5. REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Originária nº 1819, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 24/05/2016, DJ09/09/2016.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 4177, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgamento em 12/04/2016, DJ 16-06-2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, Davi. **Constitucionalismo e dilemas da justiça**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. Comentário ao artigo 53, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São

---

27 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 97.



Paulo: Ed. RT, 2009.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso de ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência.** 2014. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2014.

PRATES, Francisco Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam.** 2015. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2015.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional.** Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SENNETT, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual.** Rio de Janeiro: Record, 2004.



# LOBBY DIGITAL E A REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Felipe Lélis Moreira<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A falta de informação acerca do conceito e das finalidades do *lobby*, bem como sua associação equivocada a atividades ilícitas como corrupção e tráfico de influência, são fatores que dificultam a institucionalização e regulamentação da referida prática no Brasil.<sup>2</sup> Contudo, o *lobby* é uma atividade lícita e relevante em uma democracia, podendo se constituir em uma medida de transparência facilitadora do combate à corrupção.

É importante destacar que as novas ferramentas viabilizadas pela tecnologia da informação e comunicação abrem espaço para a consolidação da prática de um outro tipo de *lobby*: o digital, realizado via *internet*.

O presente trabalho trata do espaço de *lobby* digital promovido pelo Ministério da Justiça para regulamentação da lei que instituiu o Marco Civil da Internet<sup>3</sup> (MCI) e visa caracterizar e desmistificar o *lobby* praticado por diversos atores no âmbito do processo de consulta pública realizado.

## 2. DA INOVAÇÃO NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET

A elaboração do anteprojeto de lei que resultou no MCI foi considerada uma experiência democrática pioneira no Brasil<sup>4</sup>, tendo despertado o interesse do meio acadêmico por ser entendida como uma iniciativa inovadora quanto ao envolvimento da sociedade na construção de uma proposta legislativa.<sup>5</sup> Apesar de não ter sido o primeiro mecanismo de consulta da Administração Pública Federal a receber contribuições por meio de um portal da *internet*, o processo se diferenciou por romper com um modelo de consulta que não oferecia espaço para comentários ou divulgação das contribuições recebidas.<sup>6</sup> A nova proposta de consulta pública inaugurada pelo processo de elaboração do MCI trouxe consigo uma metodologia que privilegia a transparência total do processo e o diálogo entre os participantes<sup>7</sup> por meio da disponibilização de uma plataforma colaborativa capaz de engajar cidadãos e formadores de políticas públicas em uma estrutura coerente de diálogo e deliberação. Esse novo modelo de consultas públicas *on-line* é considerado um dos fatores que influenciaram o bom resultado da lei que institui o MCI<sup>8</sup>, tendo sido adotado também no processo de sua regulamentação.

1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Universidade Federal Fluminense, especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. [flelismoreira@gmail.com](mailto:flelismoreira@gmail.com).

2 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord). *Série Pensando o Direito: Grupos de interesse (lobby)*, nº 08/2009. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009, p. 6-7.

3 Cf. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

4 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 168.

5 KONOPACKI, Marco Antonio. *A autopercepção da influência dos participantes na consulta pública Online da regulamentação do marco civil da internet e seu papel na Determinação da sua forma participativa online e off-line*. Disponível em: <[http://www.encontroabcp2016.cienciapolitica.org.br/resources/anais/5/1469043887\\_ARQUIVO\\_MarcoAntonioKonopacki.pdf](http://www.encontroabcp2016.cienciapolitica.org.br/resources/anais/5/1469043887_ARQUIVO_MarcoAntonioKonopacki.pdf)>. Acesso em: 11 de dezembro de 2016. p. 3.

6 ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. *Democracia 3.0 – Desafios Na Utilização De Tecnologias De Informação Para Uma Gestão Pública Eficiente E Participativa*. p. 269-270. Disponível em: <[abre.ai/guitecpp](http://abre.ai/guitecpp)>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

7 ALMEIDA, Guilherme. *apud* KONOPACKI, Marco Antonio, *op.cit.* p.4

8 STEIBEL, Fabro. *Designing online deliberation using web 2.0 technologies: the marco civil regulatório case*. 2012. *apud*,

A regulamentação do MCI ocorreu no âmbito do projeto “Pensando o Direito”, comandado pela Secretaria de Assuntos Legislativos, no Ministério da Justiça, que integra a estrutura do Poder Executivo Federal. Entre os objetivos visados pelo referido projeto, que foi criado em 2007, está o de promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil.<sup>9</sup>

Foi a primeira vez que uma proposta de decreto regulamentar foi colocada sob consulta pública,<sup>10</sup> dividida em duas fases. Na primeira, que ocorreu entre 28 de janeiro e 30 de abril de 2015, os interessados podiam encaminhar contribuições livres dentro de quatro eixos previamente definidos pela equipe executiva do projeto: 1) neutralidade, 2) guarda de registros, 3) privacidade na rede e 4) outros temas e considerações. Após a análise das contribuições recebidas na primeira fase da consulta, passou-se à segunda fase, que ocorreu entre 27 de janeiro e 29 de fevereiro de 2016 (cerca de nove meses depois). Na segunda etapa, foi disponibilizada uma minuta do decreto para que os interessados fizessem comentários em cada dispositivo da minuta do texto normativo. No ambiente virtual de consulta pública, era possível comentar cada parágrafo, inciso e artigo, bem como fazer considerações sobre as postagens dos outros usuários participantes.

O processo de regulamentação do MCI vai ao encontro de uma tendência apontada por José Eduardo Faria, que consiste no alargamento e na desformalização dos tradicionais procedimentos de elaboração legislativa, especialmente quando se trata de questões mais técnicas, de caráter interdisciplinar e situadas nas fronteiras do conhecimento. Ou seja, quanto maior a complexidade e o risco das matérias a serem convertidas em normas, menos as instituições políticas formalmente encarregadas de concebê-las estarão dispostas a assumir, no exercício de suas prerrogativas funcionais, a responsabilidade exclusiva por elas, abrindo-se espaço para que setores interessados possam intervir na elaboração de decisões normativas que lhes dizem respeito.<sup>11</sup>

Nesse ponto, cabe assinalar que a realização de consultas públicas ocorre num contexto de assimetria informacional, onde os governantes, por deterem o controle da informação, podem acabar por decidir, unilateralmente, *o que* os cidadãos podem saber, *quais* cidadãos devem saber, ou, ainda, uma combinação dessas duas alternativas.<sup>12</sup>

Porém, mesmo sendo possível afirmar, por um lado, que, em relação à sociedade como um todo, o aparelho estatal encontra-se em situação privilegiada de acesso e controle de fontes informativas, por outro, deve-se ressaltar que nem sempre o Estado estará em posição privilegiada. Há certos momentos em que o Estado se vê em situação de desvantagem informacional em relação a determinados atores sociais, como por exemplo, os detentores de conhecimentos técnicos ou acadêmicos.<sup>13</sup>

De todo modo, durante o processo de elaboração normativa, os responsáveis pela tomada de decisão são confrontados com uma grande variedade de questões sobre as quais precisam deliberar, mas em relação às quais possuem apenas informações incompletas, haja vista que muitas vezes as questões da agenda decisória são complex-

---

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 168

9 Vide: < <http://pensando.mj.gov.br/o-que-e/> >

10 KONOPACKI, Marco Antonio. *Op. cit. Loc. cit.*

11 FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

12 PRATA, Nilson Vidal. Informação, democracia e poder legislativo: A dimensão informacional do processo de participação política dos cidadãos. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte. V. 11. N. 17. Jul/dez. 2009, p.35

13 *Ibidem*.

as, envolvendo múltiplos interesses legítimos, que precisam ser levados em conta simultaneamente em um processo decisório democrático.<sup>14</sup>

Daí a importância da transparência no processo de troca de informações entre Estado e sociedade, pois com transparência, é possível verificar como as partes reagem à variedade de informações que visam influenciar o tomador de decisão.

Nesse contexto, convém destacar que a prática de um *lobby* transparente pode colaborar para a redução da referida assimetria informacional, na medida em que permite o confronto entre lobistas de interesses opostos, ajudando, assim, o tomador de decisão a ter uma visão mais completa sobre a matéria a ser legislada.<sup>15</sup>

### 3. O QUE É LOBBY ?

Traduzindo ao pé da letra, a palavra *lobby* significa, em inglês, antessala, vestíbulo, saguão. O termo “lobbysta” (ou lobista) ficou consagrado durante a administração de Ulysses S. Grant, 18º presidente dos Estados Unidos, que governou de 1869 a 1877.<sup>16</sup> Conta-se que o referido presidente tinha o hábito de tomar *whiskey* e fumar charutos enquanto relaxava no *lobby* do famoso hotel Willard Intercontinental, localizado a duas quadras da Casa Branca, no centro de Washington D.C.<sup>17</sup> Ficaram conhecidas como “lobistas” as pessoas que frequentavam o *lobby* do hotel com o objetivo de influenciar as autoridades e políticos que ali estavam.<sup>18</sup>

O termo *lobby* também é empregado como verbo (*to lobby*), de modo que a palavra salta do léxico da arquitetura para o jargão da política para referir-se à atuação de representantes de interesses que, para apresentar seus pleitos, esperam a passagem dos tomadores de decisões políticas pelo salão de entrada dos edifícios que eles frequentam.<sup>19</sup>

É importante ressaltar que não existe consenso sobre a origem do uso da palavra *lobby* como atividade de representação de interesses. Embora seja bem elucidativa, suspeita-se que até mesmo a citada história dos lobistas do hotel Willard é um folclore promovido pelo hotel, pois a referência do verbo “*to lobby*” no dicionário *Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary* data ao ano de 1837.<sup>20</sup>

Não é nosso objetivo neste trabalho ir a fundo sobre a origem precisa do *lobby*. Interessa-nos, porém, fazer compreender em que consiste a prática, haja vista que o termo *lobby* carrega consigo um estigma de marginalidade, de tal modo que o cidadão comum geralmente o remete à prática de algo ilícito.<sup>21</sup> Essa associação equivocada se dá em grande parte pelo fato de grande parte da imprensa confundir o *lobby* com os crimes de corrupção e tráfico de influência, relacionando o termo a escândalos, fraudes, pagamento de propinas e superfaturamento de obras. Sobre a imprecisão no uso do termo e a construção da face negativa do *lobby* pela imprensa, Andréa Oliveira assevera que:

14 GOZETTO, Andréa Cristina; MANUSCO, Wagner Pralon. Lobby: instrumento democrático de representação de interesses? In *Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas*. São Paulo. nº 8, 1º sem. 2011. Disponível em: <<http://revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/view/344/384>>. Acesso em: 24/11/2016. p. 5.

15 GOZETTO, Andréa Cristina; MANUSCO, Wagner Pralon. *op. cit.* p. 5-6.

16 RUSHFORD, Greg. *How Washington Actually Works For Dummies*. Hoboken, New Jersey: John Wiley and Sons, 2012, Kindle Edition. p. 37.

17 WIKIPEDIA. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Willard\\_InterContinental\\_Washington](https://en.wikipedia.org/wiki/Willard_InterContinental_Washington)>. Acesso em 10/12/2016.

18 RUSHFORD, Greg. *op. cit. loc. cit.*

19 GOZETTO, Andréa Cristina; MANUSCO, Wagner Pralon. *op. cit.* p.3.

20 WIKIPEDIA *loc. cit.*

21 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord). *Op. Cit.*, p. 14.

Por aproximadamente quinze anos, o termo *lobbying* foi utilizado quando a imprensa se referia à corrupção e tráfico de influência, o que desgastou o termo, criando um estigma de marginalidade que, hoje, longe de ter sido superado, ainda envolve a atividade.

Bem documentado pela imprensa, o termo *lobbying*, não raro, é utilizado com imprecisão. Algumas vezes é usado como sinônimo de pressão simples, tráfico de influência ou corrupção. Outras vezes, é tomado como prática exclusiva de grandes corporações que utilizam seu poder econômico para alcançar seus objetivos.

O estigma que o *lobbying* carrega está relacionado ao fato de a atividade aparecer associada a escândalos, a licitações direcionadas, propinas e obras superfaturadas. E os protagonistas dessas histórias, no Brasil e no exterior, têm sido na maioria das vezes empresas e autoridades públicas. Esses fatos reforçam a imagem do *lobby* como ilegítimo e ilegal.

Hoje, a palavra *lobbying* carrega um significado tão negativo que os próprios profissionais da área preferem utilizar outros termos para descrever sua atividade.<sup>22</sup>

Devido ao preconceito e à carga negativa que permeia a prática do *lobby*, há iniciativas que visam mudar a denominação da atividade.<sup>23</sup> Dificilmente se encontrará uma pessoa que queira ser conhecida como lobista, pelo menos nos moldes em que a maioria da opinião pública, influenciada negativamente pela imprensa, concebe a atividade. Para contornar essa situação, os lobistas se apresentam como profissionais de relações governamentais; *advocacy*; políticas públicas; relações institucionais; relações públicas; assuntos regulatórios; assuntos corporativos; *public affairs*; entre outras. Nesse contexto, Samantha Meyer-Pflug alerta que mais importante do que alterar a etimologia do termo, é esclarecer seu significado, haja vista que o *lobby* encontra-se deturpado e associado a diversas práticas ilícitas, mas com as quais não mantém nenhuma relação.<sup>24</sup>

Para Samantha Meyer-Pflug, o *lobby*, em sua real acepção, se define como “o processo utilizado pelos grupos de interesse para alçarem seus objetivos finais, ou ainda, como o conjunto de táticas utilizadas para que as decisões provindas do poder estatal venham a beneficiá-los.”<sup>25</sup> Nesse sentido, o *lobby* pode ser compreendido como o meio de comunicação entre os grupos de interesse e o poder estatal.

Contudo, é fundamental assinalar que o *lobby* não é prática exclusiva dos grupos de interesse, mas também dos indivíduos. Nesse sentido, tem-se, a título de exemplo, a classificação do padrão de lobistas proposta por Luis Alberto dos Santos, condensada a partir dos conceitos desenvolvidos por vários estudiosos do tema. A ver:

1. Lobistas contratados: são aqueles admitidos por meio de contratos especificamente para exercer essa atividade, e que geralmente representam diversos clientes e podem ser membros de empresas com diversos lobistas;
2. *In-House Lobbyists*, ou lobistas de associações ou empresas: são os diretores executivos, presidentes e outros empregados de entidades que vão de grupos ambientalistas a sindicatos, grupos comerciais, empresas de telecomunicações e corporações como a Microsoft, e que representam apenas uma entidade.
3. Oficiais de Ligação Legislativa Governamentais são os empregados ou funcionários de agências governamentais, que, como parte de seu trabalho, representam suas agências ou jurisdições junto a outros governos e ao poder legislativo. Não são considerados, oficialmente, em muitos casos, lobistas, e constituem cerca de um quarto da comunidade de *lobby*.
4. Lobistas Voluntários, de Causas ou de Cidadania: são os que tipicamente representam pequenas organizações sem fins lucrativos, grupos de bem estar social ou organizações comunitárias, comprometidos pessoalmente com as causas que defendem e que, em geral, não recebem remuneração pelo trabalho exercido.

---

22 OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 42. N. 168. Out./dez. 2005, p. 31-32.

23 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord). *Op. Cit. Loc. Cit.*

24 *Idem.* p. 15.

25 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord). *Op. cit.* p. 22.



5. Indivíduos ou Lobistas automeados são indivíduos que atuam em função de benefícios individuais ou específicos, ou contra políticas ou propostas que consideram contrárias aos seus interesses pessoais. Pode incluir indivíduos proeminentes ou ricos, cujo interesse pessoal ou econômico numa questão os coloca na linha de frente de um *lobby*.<sup>26</sup>

Para Andréa Oliveira, o que singulariza o *lobby* e lhe confere imensa complexidade é a sua fluidez, havendo diversos fatores que podem contribuir para a dificuldade no estabelecimento de um padrão rígido de classificação, pois a atividade se compõe de um emaranhado de práticas interconectadas que ocorrem simultaneamente. Por outro lado, as estratégias empregadas na atividade de *lobbying* variam, qualificando diferentemente os *lobbies*.<sup>27</sup>

Na verdade, o *lobby* deve ser compreendido como uma via de participação política no que se refere à decisão do conteúdo de uma lei, de um regulamento ou de uma política pública, em que se pode deflagrar uma discussão acerca de um assunto fora da agenda do Poder Público, ou tomar parte em uma discussão já existente, influenciando em seus rumos e, conseqüentemente, no provimento final.<sup>28</sup>

O *lobby* é próprio da democracia e faz parte do cotidiano dos cidadãos, sobretudo no que se refere à parcela da sociedade que não deixa de interagir com seus representantes eleitos após o período eleitoral. O simples fato de ligar ou mandar uma correspondência para um parlamentar contendo algum tipo de demanda relacionada à esfera pública é o mesmo que fazer *lobby*, conforme bem pontuado por Seamus Kraft:

Peticionar ao governo visando a reparação de uma situação decorrente da queixa de alguém é fazer *lobby*. **E não importa se você é um cidadão individual ou uma grande corporação.** Ligar para o seu deputado? É *lobby*. Contratar alguém para visitar seu senador e compartilhar um estudo ou pedir que ele vote de determinada maneira em uma proposição? É *lobby*. Mandar um e-mail para o seu vereador solicitando providências para abertura de mais vagas de estacionamento no seu quarteirão, ou mais orçamento para escolas públicas ou investimento em segurança pública? É *lobby*, *lobby* e mais *lobby*.<sup>29</sup>(grifos nossos)

Conforme assinala Samantha Meyer-Pflug, o intuito maior do *lobby* é o de refinar e aprimorar a comunicação entre os atores envolvidos e, conseqüentemente, a informação disponível aos interessados diretos e indiretos no processo de tomada de decisão.<sup>30</sup> Portanto, *lobby* nada mais é do que a defesa de interesses legítimos mediante a troca de informações entre a sociedade e agentes públicos – na maioria das vezes agentes políticos – com poder de decisão referente às políticas públicas e suas respectivas normas de implementação. Nesse contexto, conforme afirmado anteriormente, os *lobbies* podem colaborar para o aprimoramento das decisões tomadas, ajudando os detentores do poder de decisão a forjar soluções mais satisfatórias para as diversas partes legítimas envolvidas<sup>31</sup>

É importante destacar que o *lobby* é sempre lícito. No momento em que, por exemplo, uma pessoa interessada em algum provimento estatal oferece alguma vantagem

26 SANTOS, Luis Alberto dos, *apud* MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro *Op. cit.*, p. 22-23.

27 OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. *Op.cit.*, p. 31.

28 MOTA, Louise Menegaz de Barros. **Lobby e qualificação do debate legislativo: Legística, legitimidade e informação.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, p. 93.

29 KRAFT, Seamus. **Do we need a lot more lobbyists?** Disponível em: <<http://opengovfoundation.org/do-we-need-a-lot-more-lobbyists/>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

30 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord). *Op. cit.*, p 14.

31 GOZETTO, Andréa Cristina; MANUSCO, Wagner Pralon. *Op. cit.*, p. 5.

indevida para o tomador de decisão, sua prática imediatamente deixa de ser *lobby* e passa a ser outra coisa: um crime, já devidamente tipificado pela legislação. Nesse sentido, elucidativos são os apontamentos feitos por Samantha Meyer-Pflug<sup>32</sup>:

*o lobby* está sempre relacionado a uma atividade lícita e decorrente do Estado Democrático de Direito, não se podendo falar em *lobby* bom ou mau. É preciso deixar claro que qualquer desvirtuamento da atividade do *lobby* incidirá nos crimes, dentre outros, de tráfico de influência e de corrupção, já tipificados no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse mesmo diapasão, a respeito da associação equivocada do *lobby* à práticas criminosas e sobre a impossibilidade de se afirmar a existência de *lobbies* ilícitos, têm-se os apontamentos feitos por Andréa Oliveira:

A mídia, apesar de estar prestando um importante serviço à sociedade civil ao denunciar práticas escusas, ao utilizar o termo *lobby* de maneira indistinta acabou por mistificá-lo. O termo passou por um desgaste prematuro, já que foi utilizado como sinônimo de corrupção e tráfico de influência.

De nosso ponto de vista, foi inapropriado utilizar o termo *lobby* como sinônimo de corrupção e tráfico de influência, pois *lobbying* e regimes ditatoriais não se conjugam.

Um sistema político em que as decisões são centralizadas e o Poder Legislativo é fraco não apresenta um ambiente adequado para o desenvolvimento do *lobbying*. Aliado ao desconhecimento sobre a atividade, todo tipo de confusão foi propiciada sobre o termo.

Acreditamos que *lobbying* e corrupção e *lobbying* e tráfico de influência são atividades completamente distintas que não podem ser conjugadas. Rejeitamos termos como *lobbying* antiético, *lobbying* do mal ou *lobbying* negativo.

Sendo assim, atividades que não se utilizam de uma representação técnica, pautada pelo oferecimento de informações imparciais e confiáveis e que propiciem uma abertura de canais de comunicação com o governo, não podem ser caracterizadas como *lobbying*.<sup>33</sup>

Portanto, é preciso desmistificar a prática do *lobby*, que deve ser compreendida como uma atividade lícita e reconhecida pelo ordenamento jurídico, que assegura a troca de informações e a participação da sociedade no processo de tomada da decisão estatal.

Do ponto de vista constitucional, o *lobby* está lastreado pelo direito de petição, consagrado pela alínea a) do inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Andréa Gozetto relaciona o *lobby*, também, a outros incisos do art. 5º da Constituição, quais sejam: inciso IV (direito à liberdade de manifestação de pensamento); inciso IX, (expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação); inciso XVI (liberdade de reunião); e inciso XVII (liberdade de associação para fins lícitos).<sup>34</sup>

O princípio participativo, próprio do Estado Democrático de Direito, encontra-se ligado ao ideal de “democratização da democracia”, por meio da intensificação e otimização da participação nos processos de decisão.<sup>35</sup> No tocante à elaboração norma-

32 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, p. 15.

33 OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Op. cit.*, p. 34.

34 GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. A regulamentação do lobby no Brasil em perspectiva comparada. **Revista da Associação Brasileira de Relações Governamentais**. [on line]. Disponível em: <<http://abrig.org.br/not%C3%ADcias/lancamento-da-revista-abrig-edicao-de-agosto/>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016, p. 13.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 434.

tiva, o objetivo da participação é evitar o que Canotilho chama de “despotismo de iluminados”, aproveitando, assim, o potencial de democratização implícito na participação para a construção de soluções concretas mais justas, e, porventura, mais inovadoras.<sup>36</sup>

Nesse contexto, é possível afirmar que o *lobby*, entendido como a defesa de interesses legítimos perante membros do Poder Público, está diretamente relacionado aos valores supremos presentes no preâmbulo da Constituição, que apresenta como fundamentos da República Federativa do Brasil, uma sociedade pluralista e sem preconceitos, comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Sendo assim, não é necessário, nem desejável, erradicar a ação do *lobby*, mas incentivá-lo, pois é uma modalidade de ação que pode ser útil para o aprimoramento da qualidade das decisões políticas e redução da assimetria informacional, na medida em que traz o ponto de vista de diferentes atores sociais para o interior do processo decisório.<sup>37</sup>

Contudo, é imperioso ressaltar que nem todos têm condições financeiras e estrutura para conceber e colocar em prática uma estratégia de *lobby* eficaz, pois para tanto, são necessários investimentos financeiros significativos. Para o sucesso do *lobby*, são necessários, entre outros conhecimentos, o de governo, jurídico, cultura geral, articulação, comunicação e negociação, além de tato e estratégia política. Ademais, os lobistas devem estar em constante contato com os bastidores do poder, principalmente dos Poderes Executivo e Legislativo, identificando seus aliados e com eles estabelecendo relações de confiança.<sup>38</sup> Portanto, não basta pedir, é preciso persuadir e comunicar com eficiência por meio da transmissão de informação qualificada, que custa caro.

Desse modo, não se pode olvidar que a assimetria econômica existente entre os diversos segmentos da sociedade resulta num desequilíbrio na esfera da representação de interesses. O ideal, então, seria que todos os segmentos da sociedade tivessem condições de praticar o *lobby* em pé de igualdade.<sup>39 40</sup>

O cientista político americano Lee Drutman aponta os investimentos em transparência e a abertura do debate como alternativas à assimetria econômica verificada no processo de *lobbying*. O autor aponta o exemplo da União Europeia, cujo modelo de regulamentação exige o posicionamento público dos lobistas, a fim de abrir espaço para opiniões divergentes. Ademais, após a verificação das diversas posições, a União Europeia subsidia grupos de interesse público que querem participar, equilibrando, assim, o debate.<sup>41</sup>

Estudos internacionais conduzidos pela Organização para a Cooperação e Desen-

---

36 *Idem.*, p. 128.

37 MANUSCO, Wagner Pralon. **Lobby e Democracia no Brasil**, 2005. [online] Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/07/09.shtm>>. Acesso em: 24/11/2016.

38 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord). *Op. cit.*, p. 22.

39 OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. *Op. cit.*, p. 32.

40 Muito embora tal ideal de paridade no processo de tomada de decisão possa ser tido como utópico, deve-se tratar tal utopia como uma idealização necessária às ações que visam qualificar o processo de influência na tomada de decisões pelo Estado, especialmente no que se refere à elaboração normativa, pois conforme destaca Júlia Franzoni, “a utopia existe porque para agir é preciso concebê-la. Age-se em vista de uma idealização. O melhor a ser feito só pode ser descoberto, portanto, a partir da imaginação do seu ideal. O melhor concebível será sempre superior ao melhor possível.” Cf. FRANZONI, Julia Ávila. **Política urbana na ordem econômica**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p.4.

41 DRUTMAN, Lee. **Lobby pode ajudar a democracia e deve ser legal, diz cientista político**. [04 de maio, 2016]. São Paulo: Folha de São Paulo. Entrevista concedida a Daniel Buarque. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/05/1767548-lobby-pode-ajudar-democracia-e-deve-ser-legal-diz-cientista-politico.shtml>>. Acesso em: 25 de novembro de 2016.

volvimento Econômico (OCDE) revelam que o interesse de um governante em garantir a transparência e o combate à corrupção está diretamente ligado a propostas de regulamentação do *lobby*.<sup>42</sup> Nesse contexto, é possível afirmar que as garantias de transparência e fomento à participação como as percebidas na União Europeia somente são possíveis devido à existência de regras criadas a para a prática do *lobby*. Contudo, no Brasil o *lobby* existe, mas não é regulamentado.<sup>43</sup>

#### 4. ALGUNS BENEFÍCIOS ALMEJADOS PELA REGULAMENTAÇÃO DO LOBBY NO BRASIL

Como visto, o *lobby* é um importante mecanismo de participação política<sup>44</sup> e pode ser benéfico para a democracia.<sup>45</sup> É natural questionar, então, quais são os entres colocados à regulamentação da prática no Brasil.

Murillo Aragão divide e classifica a resistência oferecida pelo parlamento para a regulamentação do *lobby* em quatro tipos: A primeira, de natureza ideológica, diz respeito ao desconforto que a medida geraria, por exemplo, para parlamentares “de direita” que, com a regulamentação, teriam que lidar com a abordagem de representantes da sociedade civil pertencentes a segmentos “de esquerda”, ou vice-versa. A segunda resistência seria funcional e versa sobre a atividade em si do *lobby*. Nesse caso, o parlamentar vê o lobista como uma espécie de concorrente, na medida em que também é um impulsionador da atividade legislativa, bem como representante de interesses econômicos e sociais concorrentes aos seus. A terceira resistência se relaciona com a segunda e parte da ideia de que o parlamentar tem interesse de assumir o papel do lobista, concorrendo profissionalmente com os agentes de grupos de interesse. Por fim, a quarta resistência, de natureza ética, versa sobre o temor, por parte do parlamentar, sobre a lisura e legalidade das ações dos grupos de interesse e seus agentes que podem vir a comprometer a sua atividade.<sup>46</sup>

Manoel Santos e Lucas Cunha ressaltam, também, que a visão negativa da opinião pública e da mídia sobre a atividade de *lobby* impede que a regulamentação seja discutida de forma apropriada e bem informada, gerando controvérsia sobre o tema. Por outro lado, a falta de conhecimento da sociedade sobre o que é o *lobby* impede que o tema ganhe relevância a ponto de entrar na agenda política. Ademais, a falta de consenso sobre como regular a atividade impede um acordo mínimo sobre a regulamentação.<sup>47</sup>

Segundo Manoel Santos e Lucas Cunha, existe na literatura especializada um conjunto de argumentos contrários à regulamentação do *lobby*. Entre eles estão os que

---

42 REVISTA ÉPOCA. **Lobby sem lei**. Disponível em: <<http://lobby.epoca.globo.com/a-cidade-secreta.shtml>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

43 Há diversas propostas em tramitação no Congresso Nacional que tratam da regulamentação do *lobby*. No momento, a proposição que se encontra em estágio mais avançado é o Projeto de lei nº 1.202/07, de autoria do Deputado Carlos Zarattini (PT-SP) que já obteve aprovação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, estando, pronta para pauta no Plenário. Para informações detalhadas sobre as propostas em tramitação no legislativo, indicamos o texto de SANTOS e CUNHA, **Percepções sobre a regulamentação do lobby no Brasil: convergências e divergências**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26459](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=26459)>. Acesso em 10 de dezembro de 2016. Convém registrar, porém, que por ter sido finalizado em 2015, o estudo de SANTOS e CUNHA, não tratou da Proposta de Emenda à Constituição nº 47/2016, apresentada pelo Senador Romero Jucá (PMDB-RR).

44 SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. **Percepções sobre a regulamentação do lobby no Brasil: Convergências e divergências**. Brasília: IPEA, 2015, p. 48.

45 DRUTMAN, Lee. **Lobby pode ajudar a democracia e deve ser legal, diz cientista político**. [04 de maio, 2016]. São Paulo: Folha de São Paulo. Entrevista concedida a Daniel Buarque. *Loc. cit.*

46 ARAGÃO, Murillo. *Apud* OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 42. N. 168. Out./dez. 2005, p. 34.

47 SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. *Op. cit.*, p. 45.

sustentam que: a) o estabelecimento de regras pode ser prejudicial para prática, porque há de criar barreiras à entrada dos grupos sociais menos favorecidos e atrapalhar as relações entre representantes de interesses e agentes públicos; b) a confidencialidade e discricionariedade podem ser necessárias para que as negociações com o poder público sejam viabilizadas; e c) os custos envolvidos na regulamentação não justificam os benefícios que dela poderão advir.<sup>48</sup>

Em que pese as resistências e temores que rondam a questão, existe uma série de benefícios esperados com a regulamentação do *lobby*. Um deles é a criação de condições para a construção de uma institucionalidade política capaz de promover mais deliberação, mais participação e transparência. Desse modo, ao garantir condições para que os interesses dos grupos privados e dos agentes públicos fossem verificados, a regulamentação do *lobby* permitiria maior *accountability* e contribuiria para redução da corrupção.<sup>49</sup> Por outro lado, seria possível criar condições para uma maior igualdade de acesso e influência, com o objetivo de evitar que alguns grupos sejam privilegiados em detrimento de outros nos processos de tomada de decisão.<sup>50</sup>

Uma pesquisa dirigida a representantes de grupos de interesse, assessores parlamentares e deputados federais demonstra que a grande maioria dos entrevistados concorda que a regulamentação do *lobby*: a) permitirá maior transparência do processo decisório; b) diminuirá o risco das ações de *lobby* assumirem a forma degenerada de corrupção e tráfico de influência; c) permitirá maior *accountability*, deixando o eleitor e a sociedade mais bem informados sobre os interesses envolvidos nas decisões políticas; e d) evitará o domínio de interesses específicos e setores mais poderosos. A ver:

Consequências esperadas com a regulamentação do <i>lobby</i>				
	Concordam	Discordam	Indiferente	Não sabe ou não respondeu
Ao tornar as ações dos grupos de interesses e dos políticos mais claras, permitirá maior transparência do processo decisório.	74,5 %	7,7 %	6,2 %	10,7 %
Pode deixar o eleitor e a sociedade mais bem informados sobre os interesses envolvidos nas decisões políticas permitindo maior <i>accountability</i> .	72,3 %	9,2 %	9,2 %	9,3 %
Vai diminuir o risco das ações de <i>lobby</i> assumirem a forma degenerada de corrupção e tráfico de influência.	64,3 %	15,4 %	9,2 %	10,8 %
Aumenta a informação para todos os grupos, evitando o domínio de interesses específicos e setores mais poderosos.	63,1 %	16,9 %	9,2 %	10,8 %

(Fonte:UFMG/IPEA, 2015.)<sup>51</sup>

Voltemos à suposta origem do *lobby* como atividade no Hotel Willard, localizado em Washington D.C, para ilustrar que a defesa de interesses, hodiernamente, não pode mais ser feita exclusivamente por uma elite, num luxuoso *lobby* (saguão, antessala) re-

48 SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. **Percepções sobre a regulamentação do lobby no Brasil: Convergências e divergências**. Brasília: IPEA, 2015, p. 7.

49 *Ibidem*.

50 MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, p. 51.

51 In. SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. *Op. cit.*, p. 28.



gado a *whiskey* e charutos.

Nesse contexto, espera-se que a regulamentação do *lobby* sirva para qualificar o sistema político e criar condições objetivas para que um número maior de indivíduos, grupos de interesses e membros da sociedade em geral possam participar da política, evitando que segmentos sejam sistematicamente ignorados pelo processo político. Ademais, a definição de regras de transparência, que criem condições para que o *lobby* seja praticado às claras, pode desencadear na redução da assimetria inerente aos processos de decisões públicas, permitindo que estas sejam tomadas sob o escrutínio da sociedade e minimizando, assim, a força dos grupos mais poderosos em detrimento dos setores sociais menos favorecidos.<sup>52</sup>

## 5. LOBBY E MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Em que pese o fato de não haver uma regulamentação específica para o *lobby*, é possível conceber mecanismos de democratização e transparência dos processos de tomada de decisão do Poder Público. Nesse ponto, cabe destacar que tais iniciativas são desejadas especialmente no âmbito do Poder Executivo, já que tradicionalmente, a permeabilidade é tida mais como característica do Poder Legislativo que do Poder Executivo.<sup>53</sup>

Contudo, há quem entenda que o Poder Executivo não é o local onde a sociedade deve se apresentar e esperar pluralidade, mas sim, no Poder Legislativo.<sup>54</sup> Nesse contexto, merece registro a polêmica que envolveu a regulamentação da participação social no âmbito do Poder Executivo Federal, bem relatada por André Rubião:

No dia 23 de maio de 2014, o governo Dilma Rousseff publicou o Decreto 8.243, instituindo a Política Nacional de Participação Social cujo objetivo era “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”.

A notícia estourou como uma bomba. Poucos dias depois, o jornal *O Estado de S. Paulo* passou a publicar uma série de ataques. Termos como “decreto bolivariano”, “risco de poder paralelo” e “volta aos soviets” estamparam as páginas do periódico, sob a batuta de importantes juristas, cientistas sociais, membros do Poder Legislativo e ministros do STF. A contraofensiva não demorou. O título de uma matéria publicada na *Carta Capital* ditou o tom da reação: *A guerra medieval do Estadão contra a democracia participativa*.

Ao mesmo tempo, enquanto o governo defendia o Decreto, visto como uma resposta às manifestações de junho de 2013 e como uma possibilidade de consolidar a participação social no Brasil, a oposição o atacava, sob o argumento de usurpação da democracia representativa e risco de uma escalada autoritarista. Um grupo de juristas e acadêmicos ainda chegou a publicar um manifesto a favor do Decreto, mas o clima de insatisfação e desconfiança parecia predominar nos grandes veículos de comunicação. Finalmente, no dia 28 de outubro de 2014, dois dias após a eleição daquele ano, a Câmara dos Deputados votou pela derrubada do Decreto.<sup>55</sup>

Para o autor supracitado, a polêmica que envolveu a regulamentação da política nacional de participação no âmbito do Poder Executivo deixou evidente a complexidade e a desinformação que envolvem a temática da democracia participativa.<sup>56</sup> Ademais,

52 SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. *Op. cit.*, p. 13.

53 COSTA, Cláudia Sampaio. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In: **Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 72. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/consulte/publicacoes\\_assembleia/obras\\_referencia/arquivos/legistica.html](http://www.almg.gov.br/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/legistica.html)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

54 GUIMARÃES, André Sathler ; BRAGA, Ricardo de João. Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito. *In Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 191, jul./set. 2011, p.96.

55 RUBIÃO, André. A regulamentação das políticas de participação social no Brasil: A polêmica envolvendo o Decreto 8.243/14. In: SOUZA, Simone Letícia Severo e; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. [ORGS.] **Direito e Políticas Públicas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p 15.

56 *Idem.*, p. 16.

a maneira estereotipada que a democracia participativa foi tratada após a publicação do Decreto nº 8.243, de 2014 não é condizente com a teoria e as práticas políticas contemporâneas, sendo que as definições e o direcionamentos do decreto poderiam ter solidificado, a partir do Poder Executivo Federal, as instituições participativas em todas as esferas de poder, dando sequência à maneira inovadora com que a participação vem sendo tratada no Brasil.<sup>57</sup>

Com efeito, o legislativo não é o único lugar onde a sociedade se apresenta, tampouco o Poder Executivo a instância de onde deve-se esperar posições unívocas, pois num cenário de “encapsulamento da administração”<sup>58</sup>, que abdica do potencial de contribuição dos diversos atores e destinatários da atuação estatal, não é possível conceber a efetividade dos atos normativos, a socialização do seu conhecimento e a consolidação democrática.<sup>59</sup> A nova postura do Estado contemporâneo, de bases coordenativas e cooperativas, reflete um compromisso com o influxo da sociedade civil, destinado a alcançar maior eficiência, eficácia e efetividade das políticas públicas e suas respectivas normas.<sup>60</sup> Portanto, é preciso afastar a ideia errônea e anacrônica de que o Poder Executivo não deve adotar mecanismos de fomento à participação da sociedade nos processos de decisão.

É importante salientar que os mecanismos de participação criados pelo Poder Executivo, especialmente as consultas públicas, são espaços para a prática do *lobby*, ou seja, criados para que os interessados encaminhem contribuições com o objetivo de persuadir o tomador da decisão estatal. Desse modo, vai *ao encontro* dos benefícios almejados pela regulamentação do *lobby*, o estabelecimento de regras que visam promover o aumento da participação e da transparência nas consultas públicas no intuito de otimizar os processos de tomada de decisão. Por outro lado, a criação de regras que fortaleçam a participação e a transparência desses processos, vão *de encontro* com a opinião da parcela da sociedade que é contra a regulamentação do *lobby* e preferem que as negociações sejam feitas junto a um círculo seleto de influenciadores, a portas fechadas e longe do escrutínio da sociedade.

Sendo assim, é possível afirmar que a adoção de mecanismos de participação social contribui para minimizar parte dos efeitos indesejados decorrentes da ausência de regulamentação do *lobby* no Brasil, especialmente no que se refere à redução da opacidade dos processos de tomada de decisão do Poder Executivo.

Quanto menos *lobby*, menos informação. E quanto maior a assimetria informacional, maior a chance de convencimento da parte mais bem informada sobre a outra, pois conforme a lição clássica de George Herbert “aquele que não sabe nada, não duvida de nada.”<sup>61</sup>

Nesse contexto, a *internet* exerce um papel fundamental no fomento ao influxo de informações nos processos de decisão do Poder Público, constituindo-se como plata-

---

57 RUBIÃO, André. *Op. cit.* p 25.

58 VALLE, Vanice Regina Lúrio do. **Direito Fundamental à Boa Administração e Governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 38.

59 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 142.

60 SEMELES, Mirela Halfim. A gestão pública e as técnicas de administração consensual. Notas sobre a sua implantação no estado brasileiro. In **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan./jun. 2011, p.194.

61 HERBERT, George. Disponível em <:<http://www.citador.pt/frases/aquele-que-nao-sabe-nada-nao-duvida-de-nada-george-herbert-10694>>. Acesso em 21 de dezembro de 2016.

forma a partir da qual o trabalho das instituições pode se tornar mais transparente, acessível e checável por parte da sociedade, além de se caracterizar como meio propício à promoção do engajamento e maior participação nas decisões públicas.<sup>62</sup>

## 6. LOBBY DIGITAL E O PROCESSO DE REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Para Fabiana de Menezes Soares *et al*, nos tempos atuais, a contribuição dos sistemas de informação para a promoção do diálogo entre o cidadão e o Poder Público é tida como inegável, especialmente quando se verifica que a informática tem permitido um avanço na efetivação da participação popular. Nessa esteira, segundo a autora, o caminho para a efetivação do Estado Democrático de Direito possui hoje seus alicerces no desenvolvimento das novas formas de interação tecnológica entre Estado e Sociedade.<sup>63</sup>

Com efeito, em um mundo onde a *internet* se tornou parte da rotina das pessoas, os *websites* das instituições públicas passam a ter o potencial de serem muito mais que meros repositórios de informação para serem mecanismos-chave para a promoção de uma cidadania ativa.<sup>64</sup>

Nesse ponto, cumpre ressaltar a relevância que as ferramentas de tecnologia da informação e comunicação viabilizam a prática de um outro tipo de *lobby*: o digital, realizado via *internet*.

De acordo com Cristiano Faria, na literatura recente da ciência política e sociologia política, há importante conjunto de estudos apoiadores da tese de que a *internet* estimula a participação cívica e política, por permitir maior acesso à informação de utilidade política, facilitar a discussão e o desenvolvimento de relações sociais, bem como oferecer fóruns alternativos para engajamento e expressão política.<sup>65</sup> Noutro giro, afirma-se que o uso das tecnologias da informação e comunicação viabiliza interações mais abrangentes e eficazes entre a sociedade e o Poder Público no processo de elaboração normativa, podendo, inclusive, serem mais vantajosas do que os canais não tecnológicos de participação.<sup>66</sup>

Nesse contexto, o *lobby* digital pode ser compreendido como um tipo de participação na construção de políticas públicas e suas respectivas normas, à distância, pela *internet*. É interessante notar que, no ambiente de *lobby* digital, abre-se a oportunidade para o exercício de um *lobby* transparente, de fácil acesso, checagem e disseminação, sendo possível, inclusive, após a publicação definitiva da respectiva norma, verificar que tipo de pressão foi exercida e em que medida a participação pode ter influenciado a tomada de decisão pelo Poder Público.

Outro importante benefício decorrente da abertura de plataformas para a práti-

---

62 BRAGA, Sérgio Soares; MITOZO, Isabele Batista; TADRA, Julia. **As funções educativas dos e-parlamentos: uma análise longitudinal do caso brasileiro**. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/3645>. Acesso em: 22 de dezembro de 2016.

63 SOARES, Fabiana de Menezes; BARROS, Louise Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. Legimática: A Tecnologia da Informação Aplicada à Qualidade da Produção Legislativa. In. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 53, p. 45-78, jul/dez. 2008. p.52.

64 LESTON-BANDEIRA, *apud* BRAGA, Sérgio Soares; MITOZO, Isabele Batista; TADRA, Julia. *Op. Cit.* p. 4.

65 FARIA, Cristiano Ferri Soares de. **O parlamento na era da internet: Pode o povo colaborar com o legislativo na elaboração das leis?** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 82.

66 *Idem.* p. 26.

ca do *lobby* digital é a redução do custo de participação, visto que o cidadão comum raramente consegue participar das audiências presenciais promovidas pelo poder público. Nesse sentido, Cristiano Faria ressalta que um dos aspectos mais relevantes é o fator financeiro, pois sem o auxílio da tecnologia da informação e comunicação, os interessados em participar deveriam despende gastos com deslocamento, acomodação, alimentação ou até mesmo contratar serviços de *lobby* em Brasília.<sup>67</sup>

O debate público promovido pelo Ministério da Justiça para regulamentação do Marco Civil da Internet pode ser compreendido como uma rica experiência de *lobby* digital, tendo sido a primeira vez em que uma minuta de decreto foi colocada sob consulta pública.<sup>68</sup> Na fase em que foi disponibilizada a proposta que regulamentaria o MCI, a plataforma *on-line* recebeu 9.800 visitas e qualquer interessado pôde opinar sobre o texto previamente disponibilizado, sugerindo alterações ao texto proposto.<sup>69</sup> Cadastraram-se na plataforma 598 usuários, sendo que, desses, 271 encaminharam algum tipo de contribuição, que no total foram 1505, distribuídas ao longo de 20 artigos do texto normativo.<sup>70</sup> É importante salientar que houve outros tipos de participação, inclusive presencial, no processo de regulamentação do MCI. Portanto, a prática do *lobby* não esteve restrita à postagem de comentários no ambiente virtual de debate disponibilizado pelo Ministério da Justiça.

Por outro lado, conforme exposto anteriormente, é preciso desmistificar a prática do *lobby* e a plataforma de consulta pública para regulamentação do MCI contribui com esse objetivo ao revelar que todos os usuários que ofereceram sugestões ao texto proposto fizeram *lobby*. Em outras palavras, o ambiente virtual de participação propiciou que fossem verificados diferentes *lobbies* praticados por variados lobistas, que talvez nem estavam cientes que sua participação pode ser entendida como *lobby*. Trata-se, portanto, de um *case* para demonstrar que o *lobby* pode ser praticado por qualquer cidadão, ainda quem em diferentes níveis de capacitação técnica.

Da análise da plataforma de participação, verifica-se que houve contribuições oriundas de diversos grupos de interesse e segmentos da sociedade civil, incluindo empresas e associações empresariais, escritórios de advocacia, instituições governamentais, associações de defesa do consumidor, sindicato patronal do setor de telecomunicações, academia, coletivos de organizações não-governamentais e pessoas físicas. Todos fizeram *lobby*.

É interessante notar a aparente falta de familiaridade de alguns atores que participaram do debate com esse novo ambiente de *lobby* digital. Parte significativa das contribuições enviadas por empresas ou grupos empresariais continham longas apresentações e elogios, talvez comuns no exercício do *lobby* presencial, mas enfadonhos na plataforma digital, visto que nesse tipo de ambiente, são esperadas contribuições mais objetivas e propositivas, focadas nos dispositivos normativos submetidos à consulta.

Chama atenção, também, a postura de uma empresa que publicou um mesmo comentário, contento o total de 2.102 (duas mil cento e duas palavras) – sobre TODOS os artigos, incisos e parágrafos da minuta disponibilizada. Diversas interpretações podem advir desse tipo de atitude extremamente indesejada, que poluiu o ambiente de

---

67 *Idem.* p. 276.

68 KONOPACKI, Marco Antonio. *Op. Cit.* p. 4

69 *Vide:* < <http://pensando.mj.gov.br/2016/03/03/fim-debate-publico-marco-civil/>>.

70 KONOPACKI, Marco Antonio. *Op. cit.* p. 7.

participação, podendo ter funcionado até mesmo como elemento desestimulador para o debate. Teria a empresa agido ciente dos efeitos negativos para a consulta pública e para sua imagem perante os demais participantes? Ou será que foi uma estratégia para garantir que sua contribuição fosse vista?

É imperioso salientar que novas estratégias de comunicação são necessárias no ambiente de participação *on-line*. A própria demonstração de poder de mobilização pode levar ao fracasso da estratégia de *lobby* digital. Citamos como exemplo a conduta do Facebook no debate envolvendo a neutralidade de rede na Índia, que acabou por chamar atenção aos riscos de captura dos processos de participação e liberdade de opinião pela empresa:

o debate indiano foi especialmente instrutivo pela conduta do Facebook. A inovação que impressionou na estratégia da empresa foi a postura ativista de mobilização dos seus usuários. Nesse sentido, a rede social desenvolveu uma funcionalidade para incentivar os seus usuários indianos a defender o *Free Basics*, enviando informações de propaganda em suporte do zero rating e encorajando-os a pressionar a TRAI. Mimetizando o comportamento de outras empresas de internet que conclamam seus usuários a defender seus serviços (como o Uber, por exemplo), a empresa quis mostrar que sua proposta encontrava eco na vontade dos cidadãos.

**O resultado da tentativa pode ser visto como um grande erro estratégico. Nenhum outro sujeito ou entidade interessada na consulta podia dispor de tal mecanismo de influência no processo decisório da agência, dando evidente vantagem ao Facebook. Qual exemplo seria melhor do que este para ilustrar os potenciais riscos para a liberdade de opinião e de captura de processos de participação devidos ao tratamento discriminatório da informação?** (grifos nossos)<sup>71</sup>

Não coube ao presente trabalho analisar cada um dos *lobbies* presentes no processo de consulta pública para regulamentação do MCI. No entanto, a experiência de *lobby* digital em comento gerou uma base de informações empíricas muito úteis tanto para futuros trabalhos acadêmicos sobre a prática do *lobby* no Brasil, quanto para a concepção de novas estratégias de *lobby* na *internet*.

Portanto, é possível afirmar que, mesmo sem a regulamentação do *lobby* no país, é possível criar condições para que a prática seja exercida de forma mais transparente e acessível com o auxílio da tecnologia da informação e comunicação.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro passo para a criação de regras que harmonizem a prática do *lobby* com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito consiste na desmistificação da prática, afastando-se a associação equivocada do *lobby* ao cometimento de ilícitos.

Ao tratar a consulta pública realizada para a regulamentação do Marco Civil da Internet como espaço de *lobby*, foi possível demonstrar que diversos indivíduos, inclusive pessoas físicas, atuaram como lobistas, afastando-se o mito de que o *lobby* é sempre exercido às escondidas e somente por poderosos grupos econômicos.

Espera-se que o fomento à prática do *lobby* digital contribua para a o alcance de parte dos objetivos visados pela regulamentação do *lobby* no Brasil, especialmente no que se refere à necessidade de garantir maior igualdade de acesso e influência nos pro-

71 BELL, Luca; MONCAU, Luiz Fernando. **Lobby 2.0 e o futuro do acesso à Internet na Índia, e no Brasil**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2016/Lobby-2.0-e-o-futuro-do-acesso-%C3%A0-Internet-na-%C3%8Dndia-e-no-Brasil>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.



cessos de tomada de decisão, e, principalmente, o aumento da transparência.

O *lobby* pode contribuir para o ganho de eficiência, eficácia e efetividade da legislação e das políticas públicas. Portanto, conforme bem observado por Seamus Kraft, para construção de melhores governos, talvez nós só precisamos de mais (e melhores) lobistas.<sup>72</sup>

## 8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. **Democracia 3.0 – Desafios Na Utilização De Tecnologias De Informação Para Uma Gestão Pública Eficiente E Participativa**. Disponível em: <<http://www.abre.ai/guitechpp>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

BELLI, Luca; MONCAU, Luiz Fernando. **Lobby 2.0 e o futuro do acesso à Internet na Índia, e no Brasil**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2016/Lobby-2.0-e-o-futuro-do-acesso-%C3%A0-Internet-na-%C3%8Dndia-e-no-Brasil>. Acesso em: 10 de dezembro de 2016.

BRAGA, Sérgio Soares; MITOZO, Isabele Batista; TADRA, Julia. **As funções educativas dos e-parlamentos: uma análise longitudinal do caso brasileiro**. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/3645>. Acesso em: 22 de dezembro de 2016.

COSTA, Cláudia Sampaio. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. In. **CONGRESSO INTERNACIONAL DE LEGÍSTICA: Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <[http://www.almg.gov.br/consulte/publicacoes\\_assembleia/obras\\_referencia/arquivos/legistica.html](http://www.almg.gov.br/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/legistica.html)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DRUTMAN, Lee. **Lobby pode ajudar a democracia e deve ser legal, diz cientista político**. [04 de maio, 2016]. São Paulo: Folha de São Paulo. Entrevista concedida a Daniel Buarque. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/05/1767548-lobby-pode-ajudar-democracia-e-deve-ser-legal-diz-cientista-politico.shtml>>. Acesso em: 25 de novembro de 2016.

GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. A regulamentação do lobby no Brasil em perspectiva comparada. **Revista da Associação Brasileira de Relações Governamentais**. Disponível em: <<http://abrig.org.br/not%C3%ADcias/lancamento-da-revista-abrig-edicao-de-agosto/>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

\_\_\_\_\_; MANUSCO, Wagner Pralon. Lobby: instrumento democrático de representação de interesses? In **Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas**. São Paulo. nº 8, 1º sem. 2011. P.5. Disponível em: <<http://revistaorganicom.org.br/sistema/index.php/organicom/article/view/344/384>>. Acesso em: 24/11/2016.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. **O parlamento na era da internet: Pode o povo colaborar com o legislativo na elaboração das lei?** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

FRANZONI, Julia Ávila. **Política urbana na ordem econômica**. Belo Horizonte: Arraes,

72 KRAFT, Seamus. **Do we need a lot more lobbyists?** Disponível em: <<http://opengovfoundation.org/do-we-need-a-lot-more-lobbyists/>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

2014.

GUIMARÃES, André Sathler ; BRAGA, Ricardo de João. “Legística : inventário semântico e teste de estresse do conceito.” In **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 191, jul./set. 2011.

KONOPACKI, Marco Antonio. **A autopercepção da influência dos participantes na consulta pública Online da regulamentação do marco civil da internet e seu papel na Determinação da sua forma participativa online e off-line**. Disponível em: <[http://www.encontroabcp2016.cienciapolitica.org.br/resources/anais/5/1469043887\\_ARQUIVO\\_MarcoAntonioKonopacki.pdf](http://www.encontroabcp2016.cienciapolitica.org.br/resources/anais/5/1469043887_ARQUIVO_MarcoAntonioKonopacki.pdf)>. Acesso em: 11 de dezembro de 2016.

KRAFT, Seamus. **Do we need a lot more lobbyists?** Disponível em: <<http://opengov-foundation.org/do-we-need-a-lot-more-lobbyists/>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

MANUSCO, Wagner Pralon. **Lobby e Democracia no Brasil**, 2005. [online] Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/07/09.shtml>>. Acesso em: 24/11/2016.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá, 2014.

MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro (Coord). **Série Pensando o Direito: Grupos de interesse (lobby)**, nº 08/2009. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009.

MOTA, Louise Menegaz de Barros. **Lobby e qualificação do debate legislativo: Legística, legitimidade e informação**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Andréa Cristina de Jesus. “Breve histórico sobre o desenvolvimento do *lobbying* no Brasil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 42. N. 168. Out./dez. 2005, pp. 29-44.

PRATA, Nilson Vidal. “Informação, democracia e poder legislativo: A dimensão informacional do processo de participação política dos cidadãos.”. In: **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte. v. 11. n. 17. jul/dez. 2009, pp. 29-58.

REVISTA ÉPOCA. **Lobby sem lei**. Disponível em: <<http://lobby.epoca.globo.com/a-cidade-secreta.shtml>>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

RUBIÃO, André. A regulamentação das políticas de participação social no Brasil: A polêmica envolvendo o Decreto 8.243/14. In. SOUZA, Simone Letícia Severo e; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. [ORGS.] **Direito e Políticas Públicas**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2015, p 15.

RUSHFORD, Greg. **How Washington Actually Works For Dummies**. Hoboken, New Jersey: John Wiley and Sons, 2012, Kindle Edition. p. 37.

SEMELES, Mirela Halfim. “A gestão pública e as técnicas de administração consensual. Notas sobre a sua implantação no estado brasileiro.” In. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p.194, jan./jun. 2011.

SANTOS, Manoel Leonardo; CUNHA, Lucas. **Percepções sobre a regulamentação do**

**lobby no Brasil: Convergências e divergências.** Brasília: IPEA, 2015.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 142.

\_\_\_\_\_; BARROS, Louise Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. Legimática: A Tecnologia da Informação Aplicada à Qualidade da Produção Legislativa In. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG,** Belo Horizonte, n. 53, p. 45-78, jul/dez. 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito Fundamental à Boa Administração e Governança.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.



# O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E AS REDES SOCIAIS NAS ELEIÇÕES DE 2016

Juliana Matos Santos<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

As eleições de 2016 são historicamente uma das primeiras em que o uso das redes sociais é forte, considerando que é recente sua criação (a exemplo do Facebook, criado em 2004, e do Twitter, de 2006) e a difusão das tecnologias de Internet, incluindo a Internet móvel e os smartphones. Para além do uso pelos candidatos em suas pré-candidaturas e no período de propaganda eleitoral (como já ocorreu em pleitos anteriores), é interessante observar como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem utilizado essas ferramentas.

Sendo assim, este trabalho tem como objetivo identificar como o TSE utilizou a comunicação via redes sociais no pleito de 2016, através da observação de suas postagens de imagens no Facebook, no período de 1º de abril a 2 de outubro de 2016. Tal data inicial foi escolhida pois, pela primeira vez, tivemos a incidência do artigo 93-A da Lei 9.504/1997, criado pela Lei nº 13.165/2015<sup>2</sup>, que determina que

O Tribunal Superior Eleitoral, no período compreendido entre 1º de abril e 30 de julho dos anos eleitorais, promoverá, em até cinco minutos diários, contínuos ou não, requisitados às emissoras de rádio e televisão, propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a participação feminina na política, bem como a esclarecer os cidadãos sobre as regras e o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro.

Observa-se que a Internet não foi incluída pela lei como meio obrigatório para propaganda institucional do Tribunal Superior Eleitoral, tornando-se interessante pensar em sua eficácia em comparação com as mídias tradicionais. Fixado o marco inicial, foi escolhido para termo o dia do primeiro turno das eleições.

Trabalhamos com as hipóteses de que a comunicação realizada pela Internet pelo TSE ainda não atinge um grande público, mas que tem o potencial de atingir nichos interessados e de replicar a comunicação das mensagens do órgão de forma espontânea, seguindo preceitos da comunicação viral, considerando o conceito de Graham<sup>3</sup>:

marketing viral significa criar mensagens virtuais que contenham conceitos absorvidos por pessoas que entrem em contato com a mensagem pela Internet. Tais mensagens devem ser poderosas o bastante para incentivarem os consumidores a passá-las adiante.<sup>4</sup>

---

1 Aluna de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora e em Comunicação Social pelo Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora.

2 BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art15](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art15)> acesso em 08 de março de 2016.

3 GRAHAM, Jeffrey. **What does viral marketing really mean?** [10-11-1999]. Disponível em: <[http://www.clickz.com/mkt/emkt\\_strat/article.php/817461](http://www.clickz.com/mkt/emkt_strat/article.php/817461)> "In" BENTIVEGNA, Fernando Jucá. Fatores de impacto no sucesso do marketing boca a boca on-line. São Paulo: FGV-EAESP, 2002. Disponível em: <<http://www.rae.com.br/artigos/1160.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2009.

4 BENTIVEGNA, Fernando Jucá. **Fatores de impacto no sucesso do marketing boca a boca on-line**. São Paulo: FGV-EAESP, 2002. Disponível em: <<http://www.rae.com.br/artigos/1160.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2009.

## 2. DISCUSSÃO

A tecnologia de informação possibilita que as informações sejam transmitidas e replicadas com grande velocidade e fluidez, às quais o Direito vem sendo impelido a se adaptar. HESPANHA<sup>5</sup> considera que “o impacto atual dos meios de comunicação social explica que a sua influência se faça sentir também no campo do direito. Esta influência exerce-se em vários planos, tendo consequências mais ou menos profundas”, destacando como isso influi no trabalho dos tribunais. As novas dinâmicas de comunicação influem não tão somente nas decisões, mas na imagem dos tribunais que se forma frente à opinião pública.

Lazarsfeld, ao tratar das influências mútuas e interações entre o rádio e as forças sociais, afirma que as inovações tecnológicas causam mudanças sociais, embora destaque que essas inovações por si só não podem provocar tais mudanças, que somente ocorrem quando fortemente influenciadas por forças sociais externas.<sup>6</sup>

E se essas mudanças foram sentidas no que tange ao rádio, espera-se que aconteçam também com a inserção da Internet como uma ferramenta que provoca mudanças no âmbito da comunicação, considerando que abrem-se uma série de possibilidades de mudanças nas relações entre emissores e consumidores de mensagens. Devemos considerar a comunicação, então, como um fenômeno muito mais complexo.

Somente uma definição de comunicação como essencialmente social pode revelar as confluências comunicacionais entre sociedade e inovação. Neste modelo, não há mais o envio, por um sujeito emissor, de uma mensagem calculável a um objeto receptor. A comunicação é a inserção de um sujeito complexo num ambiente social igualmente complexo. O sujeito faz parte do ambiente social e o ambiente social faz parte do sujeito; e a idéia paradoxal de que a parte pertence a um todo que é parte da parte.<sup>7</sup>

E não somente os meios são novos, como são novas as formas de consumo da informação. A Internet proporciona que o arsenal de mensagens que chega a um indivíduo seja modulado de acordo com sua identidade: tanto o indivíduo vai acessar conteúdos de acordo com gostos pessoais, bem como vai receber das pessoas com que se comunica no mundo digital mensagens por afinidade de interesses, o que gera uma segmentação em níveis antes impossíveis de serem alcançados, sendo possível para as os emissores de mensagens fixar os públicos e até mesmo os indivíduos com quem falar.

esse novo sistema de comunicação fala cada vez mais uma língua universal digital e promove a integração global de produção e distribuição de palavras, sons e imagens de nossa cultura. Mas, por outro lado, ressalta que essa “língua universal” é personalizada ao gosto das identidades e humores dos indivíduos.<sup>8</sup>

Além dessa possibilidade de segmentação, a Internet traz um fenômeno que não ocorre em mídias tradicionais: as mensagens existentes na rede não são só aquelas produzidas por marcas e grandes meios de comunicação para o público, mas também

5 HESPANHA, António Manuel (2007), **O Caleidoscópio do direito**. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje, Coimbra, Almedina, p.414

6 ROSSETTI, Regina. Visões teóricas acerca das confluências entre comunicação, sociedade e inovação. In: CAPRINO, Mônica (Org.) **Comunicação e inovação: reflexões contemporâneas**. São Paulo: Paulus, 2008. (Coleção Comunicação), p.66.

7 Idem, p. 63.

8 CAPRINO, M.; ROSSETTI, R.; GOULART, E. Comunicação e sociedade: faces e interfaces inovadoras. In: CAPRINO, Mônica (Org.) **Comunicação e inovação**, *Op.cit.* p.85.



mensagens produzidas pelo público para o próprio público e a reinterpretação e crítica contínua do que é transmitido por emissores tradicionais.

A Internet é veloz, dinâmica, interativa, arquivo de memórias e de informações, ao mesmo tempo que é fluida e efêmera. E são justamente essas características que a tornam paradigma da cultura contemporânea. Uma cultura de rede, de trocas, performática, globalizada. Consome-se esse tipo de cultura, seja ativamente – postando, criando páginas, trocando arquivos, consultando, pesquisando – ou passivamente – olhando, passando, navegando como um flâneur digital. Uma cultura em que se fica imerso em processos comunicativos, conectando ou desconectando quando se quer.<sup>9</sup>

Os consumidores têm a possibilidade de atuar como cidadãos. Usuários e criadores se aproximam e podem exercer os mesmos papéis. O advento do computador e da Internet permitem que aqueles que outrora eram somente receptores se transformem também em produtores de informação. (...) Assim, no mundo do século XXI, a comunicação traz como inovação o próprio modo de se produzir informação. As novas tecnologias permitem, agora, que o receptor se transforme em agente produtor de mensagens, que participe da produção dos meios.<sup>10</sup>

Com toda essa dinâmica, é de se esperar que os órgãos públicos participem das redes que se formam na Internet, a fim de se mostrarem tão dinâmicos quanto o resto da sociedade, utilizando-as para a própria promoção e divulgação de informações de interesse público, em uma forma e linguagem distante da utilizada de forma oficial, uma linguagem mais midiática, mais publicitária.

O direito mediatizado converte-se em mais um assunto de entretenimento, devendo obedecer ao enredo dos programas de diversão, adaptando-se, no seu desenrolar, ao tipo de enredo e narrativa das séries policiais e dos sit-com: suspense, ações espetaculares, pessoalização das intervenções, rapidez de narração, linearidade dos perfis dos agentes e dos factos, evidências dos resultados ou, então, uma certa indecisão e mistério que permita desejar pela continuação da série (iminência de novos factos, suspeita de que alguns terão sido escondidos ou falseados).<sup>11</sup>

Passa-se agora a uma breve análise das publicações de imagens na página do TSE no Facebook no período compreendido de 1º de abril até 2 de outubro de 2016. Na data em que este trabalho foi escrito, 116.014 pessoas tinham curtido a página do TSE no Facebook<sup>12</sup>, número muito pequeno em comparação com o número de eleitores no ano de 2016: 144.088.912<sup>13</sup>.

O TSE pode falar no Facebook para uma parcela ínfima do que poderia ser seu público alvo. Diz-se “pode falar” e não “fala” porque o Facebook funciona através de algoritmos que selecionam as informações que são transmitidas ao público (mesmo que ele tenha curtido a página), o que diminui ainda mais o número de pessoas impactadas. Mesmo com o desalento desses números, é interessante observar que há um número expressivo de publicações. No período compreendido, contabilizaram-se 231 fotos na galeria de fotos da página<sup>14</sup>, a primeira no dia 19 de abril, como demonstra-se na Tabela 1, que foi elaborada para diagnosticar: quais os temas abordados pelas publicações do TSE; o número de reações (Curtir, Amei, Haha, Uau, Triste ou Grr) atribuídos às publi-

---

9 PINHEIRO, Marta Araújo. Comunicação, consumo e produção de si. In: COUTINHO, I; SILVEIRA, P. (Org.). **Comunicação: tecnologia e identidade**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007, p. 53

10 CAPRINO, *Op.cit.*, p.86-87

11 HESPANHA, *Op.cit.*, p. 415.

12 FACEBOOK **Tribunal Superior Eleitoral: Pessoas**. Disponível em: <[https://www.facebook.com/pg/TSEJus/likes/?ref=page\\_internal](https://www.facebook.com/pg/TSEJus/likes/?ref=page_internal)>. Acesso em: 16 out. 2016.

13 TRIBUNAL Superior Eleitoral: **Estatísticas Eleitorais 2016 - Eleitorado**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em: 16 out. 2016.

14 FACEBOOK **Tribunal Superior Eleitoral: Fotos**. Disponível em: <[https://www.facebook.com/pg/TSEJus/photos/?ref=page\\_internal](https://www.facebook.com/pg/TSEJus/photos/?ref=page_internal)>. Acesso em: 09 dez. 2016.

cações; quantos comentários; quantos compartilhamentos; se há referência normativa (lei, Constituição, decisão judicial, resolução, etc) na imagem publicada ou no texto que a acompanha; se há link para algum site ou serviço relacionado ao tema da postagem; e, considerando o objetivo da participação feminina visado pela reforma eleitoral de 2015, qual a representação de homens e mulheres nas publicações do TSE (foram contabilizados os personagens, a não ser em publicações de fotos, por serem o registro de fatos e não propaganda relativas às eleições, ou naquelas imagens em que não foi possível identificar facilmente se tratar da representação de personagem feminino ou masculino). Onde aparece o número como uma aproximação (exemplo: ~1,3mil), ela foi feita pelo próprio Facebook na postagem, que trabalha com aproximações nas Reações em números a partir de 1000.

**Tabela 1: Publicações de imagens na página do Facebook do Tribunal Superior eleitoral no período de 1º de abril de 2016 a 2 de outubro de 2016**

Data	Tema	Reações	Comentários	Compartilhamentos	Referência normativa	Link	Personagens	Homens	Mulheres
19/abr	Participação feminina	99	24	100	Não	Não	1	0	1
20/abr	Programa de estágio	115	24	119	Não	Não	0	0	0
21/abr	Participação feminina	361	24	237	Não	Não	1	0	1
26/abr	Participação feminina	95	14	65	Não	Não	1	0	1
28/abr	Participação feminina	79	0	62	Não	Não	1	0	1
28/abr	Divulgação de evento	37	11	5	Não	Sim	0	0	0
29/abr	Título de eleitor	74	19	77	Não	Sim	8	4	4
02/mai	Título de eleitor	68	16	64	Não	Sim	8	3	5
03/mai	Título de eleitor	53	23	103	Não	Sim	2	1	1
04/mai	Título de eleitor	50	24	48	Não	Sim	1	0	1
06/mai	Acesso de deficientes	40	12	22	Não	Sim	1	1	0
10/mai	Acesso de deficientes	38	24	24	Não	Sim	1	0	1
12/mai	Acesso de deficientes	37	18	31	Não	Sim	1	1	1
12/mai	Posse TSE	101	34	29	Não	Sim	0	0	0

12/ mai	Posse TSE	26	15	1	Não	Sim	0	0	0
13/ mai	Urna eletrônica	136	46	86	Não	Não	13	8	5
15/ mai	Urna eletrônica	43	13	22	Não	Não	0	0	0
15/ mai	Urna eletrônica	57	13	38	Não	Não	240	147	93
16/ mai	Urna eletrônica	89	42	69	Não	Não	0	0	0
17/ mai	Urna eletrônica	28	14	6	Não	Não	0	0	0
24/ mai	Programa começar de novo	111	11	40	Não	Sim	0	0	0
24/ mai	Foto evento TSE	2	0	0	Não	Não	0	0	0
24/ mai	Foto evento TSE	2	0	0	Não	Não	0	0	0
24/ mai	Foto evento TSE	8	0	2	Não	Não	0	0	0
24/ mai	Foto evento TSE	4	0	0	Não	Não	0	0	0
24/ mai	Foto evento TSE	4	0	0	Não	Não	0	0	0
24/ mai	Foto lançamento Começar de Novo, TSE	7	3	4	Não	Não	0	0	0
24/ mai	Foto evento TSE	4	0	0	Não	Não	0	0	0
25/ mai	Propaganda eleitoral	369	23	487	Sim	Não	0	0	0
30/ mai	Comunicado TRE-PE	22	0	3	Não	Não	0	0	0
04/ jun	Divulgação de evento	22	0	7	Não	Sim	0	0	0
06/ jun	Quitação eleitoral	80	0	104	Sim	Sim	0	0	0
09/ jun	Doação eleitoral	524	22	817	Sim	Sim	0	0	0
13/ jun	Divulgação de evento	31	0	11	Não	Sim	0	0	0
19/ jun	Regras para pré-candidatos	492	14	627	Sim	Não	0	0	0

22/jun	Visita ao Museu do TSE	54	1	11	Não	Não	0	0	0
22/jun	Visita ao Museu do TSE	0	0	0	Não	Não	0	0	0
22/jun	Visita ao Museu do TSE	2	0	1	Não	Não	0	0	0
22/jun	Visita ao Museu do TSE	2	0	0	Não	Não	0	0	0
04/jul	Regras para pré-candidatos	~1,3mil	52	2953	Sim	Não	0	0	0
06/jul	Participação feminina	310	17	283	Não	Não	100	48	52
07/jul	Publicidade institucional	248	3	348	Sim	Não	1	1	0
08/jul	Participação feminina	320	31	482	Não	Não	35	0	35
09/jul	Livre manifestação de pensamento	455	13	516	Sim	Não	3	3	0
11/jul	Licença para servidor candidato	364	5	454	Não	Sim	5	3	2
11/jul	Livre manifestação de pensamento	998	37	2469	Sim	Não	0	0	0
12/jul	Requisitos candidatura	447	19	459	Sim	Não	1	1	0
12/jul	Sistema de candidaturas	513	53	755	Não	Sim	1	1	0
13/jul	Propaganda antecipada	868	46	2132	Sim	Não	1	1	0
13/jul	Propaganda antecipada	947	35	1636	Sim	Não	1	1	0
14/jul	Propaganda antecipada	656	21	729	Sim	Não	1	1	0
15/jul	Propaganda antecipada	584	4	674	Sim	Não	1	1	0
17/jul	Licença para servidor candidato	874	27	1167	Não	Não	1	1	0
18/jul	Calendário eleitoral	876	23	1789	Não	Não	1	0	1
18/jul	Crime eleitoral	~1,4mil	73	4422	Sim	Não	0	0	0
19/jul	Convenções Partidárias	853	19	1198	Não	Não	4	3	1

19/jul	Propaganda antecipada	442	35	515	Sim	Sim	1	1	0
20/jul	Prioridade aos processos eleitorais	657	17	606	Sim	Sim	1	1	0
21/jul	Impedimento juiz eleitoral	511	16	303	Sim	Sim	2	2	0
23/jul	Regras coligações	796	27	843	Sim	Não	6	6	0
24/jul	Registro de candidaturas	737	12	1043	Não	Não	4	2	2
25/jul	Regras para candidatos	~1mil	26	1793	Sim	Não	1	1	0
26/jul	Crime eleitoral	~1,3 mil	33	5285	Sim	Não	1	0	1
27/jul	Comunicação de crime eleitoral	906	16	1195	Sim	Não	1	1	0
27/jul	Proibição de celular e câmera na cabine	485	0	562	Não	Sim	0	0	0
28/jul	Arrecadação de campanha	599	13	863	Não	Não	0	0	0
28/jul	Divulgação de evento	103	2	30	Não	Sim	0	0	0
28/jul	QRCode Boletim de urna	360	20	309	Não	Sim	0	0	0
29/jul	Doação eleitoral	555	5	805	Sim	Não	0	0	0
31/jul	Doação eleitoral	402	5	545	Sim	Não	0	0	0
01/ ago	Direito de resposta	576	2	765	Sim	Não	2	1	1
01/ ago	Direito de resposta	492	4	525	Sim	Não	0	0	0
01/ ago	Registro de candidaturas	308	1	287	Não	Não	0	0	0
02/ ago	Direito de resposta	250	1	209	Sim	Não	0	0	0
02/ ago	Notícia TRE-AM	130	1	29	Não	Sim	0	0	0
02/ ago	Registro de candidaturas	362	13	294	Não	Sim	0	0	0
03/ ago	Direito de resposta	423	2	667	Sim	Não	0	0	0



03/ ago	Estatísticas eleitorado	195	2	107	Não	Sim	49	23	26
03/ ago	Registro de candidaturas	242	12	186	Não	Sim	0	0	0
04/ ago	Regras emissoras de TV	446	21	456	Sim	Não	1	0	1
04/ ago	Biometria	136	6	98	Não	Sim	0	0	0
04/ ago	Revista TRE-MT	44	0	20	Não	Sim	0	0	0
04/ ago	Registro de candidaturas	187	0	180	Não	Sim	0	0	0
05/ ago	Conta de campanha	485	13	546	Não	Não	1	0	1
05/ ago	TV Justiça	47	0	25	Não	Sim	0	0	0
05/ ago	Registro de candidaturas	168	11	103	Não	Sim	0	0	0
06/ ago	Eleitorado jovem	427	2	590	Não	Sim	6	3	3
06/ ago	Registro de candidaturas	188	0	114	Não	Sim	0	0	0
07/ ago	Registro de candidaturas	169	0	119	Não	Sim	0	0	0
08/ ago	Propaganda eleitoral	934	26	1671	Sim	Não	1	1	0
08/ ago	Portal do candidato TRE-PA	115	2	77	Não	Sim	0	0	0
08/ ago	Registro de candidaturas	159	1	110	Não	Sim	0	0	0
09/ ago	Regras para candidatos	~1mil	37	1820	Sim	Sim	0	0	0
09/ ago	Comunicação de crime eleitoral	731	16	1269	Sim	Sim	1	1	0
09/ ago	Registro de candidaturas	212	16	166	Não	Sim	0	0	0
10/ ago	Propaganda eleitoral	892	30	1576	Sim	Não	0	0	0
10/ ago	Registro de candidaturas	172	1	116	Não	Sim	0	0	0
11/ ago	Data comemorativa	334	1	253	Não	Não	2	2	0

11/ ago	Registro de candidaturas	179	11	140	Não	Sim	0	0	0
11/ ago	Data comemorativa	~1,5mil	58	1290	Não	Não	2	1	1
12/ ago	Propaganda eleitoral	938	38	1343	Não	Não	0	0	0
12/ ago	Registro de candidaturas	221	1	124	Não	Sim	0	0	0
13/ ago	Escola Judiciária Eleitoral RS Youtube	103	2	40	Não	Sim	0	0	0
13/ ago	Registro de candidaturas	184	0	104	Não	Sim	0	0	0
14/ ago	Propaganda eleitoral	807	33	1097	Sim	Não	0	0	0
14/ ago	Registro de candidaturas	169	0	87	Não	Sim	0	0	0
15/ ago	Documentos para candidatos	687	12	655	Sim	Não	0	0	0
15/ ago	Propaganda eleitoral	641	26	697	Sim	Não	1	0	1
15/ ago	Registro de candidaturas	356	22	249	Não	Sim	0	0	0
16/ ago	Propaganda eleitoral (primeiro dia)	~1,7mil	42	2196	Sim	Não	1	1	0
16/ ago	Aplicativo candidaturas	~1,7mil	110	4175	Não	Sim	0	0	0
16/ ago	Programa de Apoio Logístico - AC	56	4	19	Não	Sim	0	0	0
17/ ago	Propaganda eleitoral	797	29	1628	Sim	Não	0	0	0
17/ ago	Data comemorativa	288	11	138	Não	Não	0	0	0
18/ ago	Web Denúncia TRE-MS	140	2	81	Não	Sim	0	0	0
18/ ago	Conta de campanha	~1mil	26	1180	Sim	Sim	1	1	0
19/ ago	Propaganda eleitoral	533	18	399	Sim	Não	0	0	0
19/ ago	Data comemorativa	630	17	829	Não	Não	2	2	0
20/ ago	Propaganda eleitoral	~1mil	40	1531	Sim	Não	2	2	0

21/ ago	Propaganda eleitoral	846	25	1498	Sim	Não	0	0	0
21/ ago	Data comemorativa	253	1	136	Não	Não	0	0	0
22/ ago	Crime eleitoral	~3,8mil	161	16276	Sim	Não	1	1	0
23/ ago	Propaganda eleitoral	~1,4mil	36	2139	Sim	Não	1	1	0
24/ ago	Propaganda eleitoral	497	17	706	Sim	Não	0	0	0
25/ ago	Crime eleitoral	~1,2mil	20	2735	Sim	Sim	2	2	0
25/ ago	Revista TRE-GO	59	0	14	Não	Sim	0	0	0
26/ ago	Propaganda eleitoral	752	23	920	Sim	Não	6	5	1
27/ ago	Divulgação de evento	141	1	40	Não	Sim	0	0	0
28/ ago	Centro de Divulgação das Eleições	186	4	131	Não	Não	0	0	0
29/ ago	Propaganda eleitoral	513	28	593	Não	Não	0	0	0
30/ ago	Crime eleitoral	753	22	817	Sim	Não	3	2	1
31/ ago	Cartilha TRE-CE	207	20	221	Não	Sim	0	0	0
31/ ago	Propaganda eleitoral	839	46	997	Sim	Não	1	1	0
01/ set	Propaganda eleitoral	561	16	539	Sim	Não	1	1	0
02/ set	Doação eleitoral	378	11	329	Não	Sim	0	0	0
03/ set	Urna eletrônica	479	205	320	Não	Sim	0	0	0
03/ set	Aplicativo mesários	325	40	305	Não	Sim	0	0	0
04/ set	Propaganda eleitoral	634	16	623	Sim	Não	2	1	1
05/ set	Aplicativo pardal	~2mil	118	5759	Não	Sim	0	0	0
06/ set	Participação feminina	270	6	193	Não	Sim	35	0	35

06/ set	Urna eletrônica	332	23	179	Não	Sim	0	0	0
07/ set	Calendário eleitoral	973	28	739	Não	Não	0	0	0
08/ set	Urna eletrônica	208	11	128	Não	Sim	0	0	0
09/ set	Instagram TREs MA e PB	31	3	3	Não	Sim	0	0	0
09/ set	Programa Confirma JE	128	9	73	Não	Não	0	0	0
09/ set	Prefeito X Vereador	~1,2mil	21	2520	Não	Sim	0	0	0
10/ set	Funcionamento Plantão TSE	184	6	119	Não	Sim	2	1	1
10/ set	Números (prefeitos)	565	18	278	Não	Sim	0	0	0
10/ set	Data comemorativa	275	12	173	Não	Não	2	1	1
10/ set	Funções do prefeito	~1mil	14	1005	Não	Sim	5	4	1
11/ set	Quociente eleitoral	385	24	279	Não	Sim	0	0	0
11/ set	Funções do prefeito	697	51	826	Não	Sim	1	0	1
11/ set	Urna eletrônica	261	7	145	Não	Sim	1	1	0
12/ set	Centro de Divulgação das Eleições	166	6	67	Não	Sim	0	0	0
12/ set	Calendário eleitoral	943	16	926	Não	Não	0	0	0
12/ set	Conta de campanha	~1mil	91	1045	Sim	Não	3	3	0
12/ set	Aplicativo Caixa1 TRE-MT	77	13	37	Não	Sim	0	0	0
13/ set	Flickr Justiça Eleitoral	46	2	17	Não	Sim	0	0	0
13/ set	Doação eleitoral	415	12	330	Não	Sim	0	0	0
13/ set	Funções do prefeito	507	6	566	Não	Sim	1	1	0
13/ set	Urna eletrônica	413	21	259	Não	Sim	0	0	0

14/ set	Regras tributárias	306	20	241	Não	Sim	0	0	0
14/ set	Funções do prefeito	306	2	347	Não	Sim	2	0	2
15/ set	Programa Confirma JE	94	10	55	Não	Sim	0	0	0
15/ set	Votação paralela	185	7	170	Não	Sim	0	0	0
16/ set	Simulador de votação	369	32	385	Não	Sim	0	0	0
17/ set	Participação de jovens	334	7	275	Não	Sim	3	2	1
17/ set	Calendário eleitoral	978	20	1024	Não	Não	0	0	0
17/ set	Divulgação gastos de campanha	272	9	301	Não	Sim	0	0	0
18/ set	Propaganda eleitoral	159	7	70	Não	Não	2	1	1
18/ set	Urna eletrônica	~1,1mil	483	1653	Não	Não	0	0	0
18/ set	Números (mesários e urnas)	248	12	97	Não	Não	0	0	0
19/ set	Título de eleitor	461	21	744	Não	Não	5	3	2
19/ set	Urna eletrônica	174	3	48	Não	Sim	0	0	0
19/ set	Lei dos partidos políticos	224	7	76	Sim	Sim	0	0	0
19/ set	Centro de Divulgação das Eleições	89	5	42	Não	Sim	0	0	0
20/ set	Boletim de urna	292	11	222	Não	Sim	0	0	0
20/ set	Como votar	718	48	1498	Não	Não	0	0	0
20/ set	Números (biometria)	134	9	62	Não	Sim	0	0	0
21/ set	Youtube Justiça Eleitoral	112	6	44	Não	Sim	0	0	0
21/ set	Data comemorativa	~2,4mil	47	4008	Não	Não	2	1	1
21/ set	Título de eleitor	550	16	827	Não	Não	5	3	2



21/ set	Local de votação	274	9	325	Não	Sim	0	0	0
21/ set	Regras emissoras de TV	268	16	220	Sim	Não	1	0	0
22/ set	Data comemorativa	310	13	207	Não	Não	0	0	0
22/ set	Calendário eleitoral	880	28	1035	Não	Não	0	0	0
22/ set	Documento, local e proibições para eleitor	457	16	885	Não	Sim	1	0	1
23/ set	Propaganda eleitoral	177	19	113	Não	Não	4	2	2
23/ set	Crime eleitoral / Pesquisa eleitoral	~1,7	82	2995	Sim	Não	0	0	0
24/ set	Memória de resultado das eleições	374	15	273	Não	Sim	0	0	0
24/ set	Envio de forças armadas	347	10	147	Não	Sim	9	5	4
25/ set	Fiscalização	395	16	308	Sim	Não	0	0	0
25/ set	Data comemorativa	331	10	177	Não	Não	4	2	2
26/ set	Centro de Divulgação das Eleições	102	5	47	Não	Sim	0	0	0
26/ set	Números (candidatos e municípios)	190	24	136	Não	Não	0	0	0
26/ set	Proibição de celular e câmera na cabine	471	11	710	Não	Sim	2	0	2
26/ set	Pesquisa sobre candidatos	676	17	1088	Não	Sim	1	0	1
27/ set	Calendário eleitoral	217	12	276	Não	Não	0	0	0
28/ set	Propaganda eleitoral (último dia)	~1,1mil	61	986	Não	Não	0	0	0
28/ set	Acesso de deficientes à votação	721	18	978	Sim	Sim	2	1	1
28/ set	Proibições votação (transporte de pessoas)	973	21	1216	Sim	Não	5	3	2
28/ set	Glossário eleitoral	207	15	127	Não	Sim	0	0	0
28/ set	Ação pelo voto consciente	103	4	50	Não	Sim	12	7	5

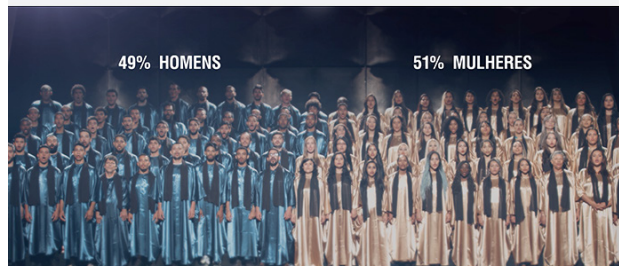
29/ set	Twitter #VotoConsciente	514	7	520	Não	Não	0	0	0
29/ set	Como votar	645	28	1073	Não	Não	0	0	0
29/ set	Comícios (último dia)	~1mil	52	1283	Sim	Não	0	0	0
29/ set	Propaganda eleitoral (fim veiculação paga)	361	13	370	Sim	Não	2	2	0
29/ set	Debates eleitorais (último dia)	333	14	187	Sim	Não	5	4	1
29/ set	Locais justificativa - DF	54	2	22	Não	Sim	0	0	0
30/ set	Propaganda eleitoral (último dia nas ruas)	~1mil	34	1345	Sim	Não	0	0	0
30/ set	Software para acompanhamento	766	51	795	Não	Sim	0	0	0
01/ out	Tempo gasto para votação	282	14	116	Não	Sim	0	0	0
01/ out	Data comemorativa/ Voto opcional para idoso	498	12	370	Não	Não	2	1	1
01/ out	Data comemorativa /Atribuições vereador	862	24	997	Não	Não	4	3	1
01/ out	Aplicativos das eleições	491	40	388	Não	Sim	0	0	0
01/ out	Permissão para levar "cola"	359	18	334	Não	Sim	0	0	0
01/ out	Proibição de celular e câmera na cabine	625	25	788	Sim	Sim	0	0	0
01/ out	Centro de Divulgação das Eleições	198	7	96	Não	Sim	0	0	0
02/ out	"É hoje"	~1,1mil	23	1224	Não	Não	1	1	0
02/ out	Horário votação	~1mil	14	960	Não	Não	0	0	0
02/ out	Manifestação individual e silenciosa	709	38	547	Sim	Não	1	1	0
02/ out	Coletivas de imprensa nas redes sociais	256	57	98	Não	Não	0	0	0
02/ out	Coletivas de imprensa nas redes sociais	97	23	5	Não	Não	0	0	0

02/ out	Validação e totalização dos votos	210	5	71	Não	Sim	0	0	0
02/ out	Números (eleitorado/ homens/ mulheres)	473	11	180	Não	Não	2	1	1
02/ out	Números (segundo turno)	15	0	0	Sim	Não	0	0	0
02/ out	Números (número de candidatos)	7	1	0	Não	Não	13	7	6
02/ out	Números (locais/ zonas/seções)	11	0	2	Não	Não	0	0	0
02/ out	Apuração	452	51	134	Não	Sim	0	0	0
02/ out	Números (eleitores presentes)	5	0	2	Não	Não	2	1	1
02/ out	Números (abstenções)	8	2	3	Não	Não	0	0	0

É possível fazer uma série de observações a respeito da Tabela 1. A primeira delas é a de que, no período levantado, o TSE se concentrou verdadeiramente em temas relativos às eleições (destacando até mesmo outras utilizações que o órgão fez da Internet, como a elaboração de aplicativos), com pontuais publicações relativas a eventos, embora tenha obtido um número proporcionalmente pequeno de interações (reações, comentários e compartilhamentos) dos seguidores da página. A segunda é a de que é possível observar uma intensificação no número de publicações quanto mais perto a data estava das eleições, com um pico de 13 publicações no dia do primeiro turno. A terceira observação é aquela em que me concentrarei pelo restante do texto: a representação feminina ainda é insuficiente.

Apesar da existência de um artigo de Lei que obriga o TSE a promover a participação feminina em suas propagandas (o já referido 93-A da Lei 9.504/1997), em todo o período investigado, apenas 7 das 231 publicações tinham esta temática. Se considerarmos a quantidade de personagens representados, temos um total de 683, dos quais 358 são masculinos e 325 são femininos. Ou seja: ou homens são representados como maioria, mesmo que as próprias propagandas do TSE (Figura 1) indiquem que o eleitorado é formado de 51% mulheres e 49% homens.

AS MULHERES SÃO MAIS DA METADE  
DA POPULAÇÃO E MENOS DE 10%  
DA CLASSE POLÍTICA.



#SeuVotoSuaVoz  
#MaisMulheresNaPolítica

ELEIÇÕES  
2016  
#SEUVOTOSUAVOZ

Justiça  
Eleitoral  
A justiça da democracia.

Figura 1: Publicação do Facebook de TSE de 6 de julho de 2016<sup>15</sup>

A situação se mostra ainda mais desfavorável às mulheres se retirarmos da amostra as publicações com o tema da participação feminina. Nas demais 224 imagens temos um total de 509 personagens, dos quais 310 são homens e 199 são mulheres. Se tais representações fossem levadas em conta por alguém para visualizar a distribuição do eleitorado brasileiro, as mulheres seriam apenas 39%, contra os 51% divulgados pelo próprio TSE.

Outro problema existente é quanto à própria representação das mulheres nas publicações. Quase na totalidade das imagens em que se representa candidato, trata-se de um homem (Figura 2), com uma única exceção, em que se representa um debate eleitoral no qual há uma única candidata (Figura 3).



Figura 2: Publicação do Facebook do TSE de 21 de setembro de 2016<sup>16</sup>

15 FACEBOOK Tribunal Superior Eleitoral: **Mais da metade da população brasileira é feita de mulheres. Se você é mulher, exerça a sua cidadania, exija e participe mais da política do seu País.** . Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1163269747026495/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

16 FACEBOOK Tribunal Superior Eleitoral: **"Olha como ele é bonito... olha como ele é inteligente..."**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1225332184153584/?type=3&theater>>. Acesso



Figura 3: Publicação do Facebook do TSE de 29 de setembro de 2016<sup>17</sup>

Considerando a atribuição de papéis, quando o objetivo é demonstrar que o eleitor pode ter dúvidas ou que deve se lembrar do local de votação ou do documento para votar, usa-se sempre a imagem de uma mulher, a exemplo da Figura 4.



Figura 4: Publicação do Facebook do TSE de 22 de setembro de 2016<sup>18</sup>

Outra situação interessante é a falta de coerência entre as publicações do próprio órgão. Em uma das publicações a respeito da participação feminina (Figura 5), a personagem é uma árbitra de futebol e o texto presente na imagem é o de que “Futebol é pra homem. E pra mulher também.”

em: 09 dez. 2016.

17 FACEBOOK **Tribunal Superior Eleitoral: Momentos decisivos!**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1231964023490400/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

18 FACEBOOK **Tribunal Superior Eleitoral: Lembretes importantes!**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1226238374062965/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.





Figura 5: Publicação do Facebook do TSE de 28 de abril de 2016<sup>19</sup>

Entretanto, nas duas outras publicações (Figuras 6 e 7) em que se faz analogias com o futebol (através da relação impedimento-juiz tanto do futebol quanto do Direito e da formação de times), há apenas figuras masculinas.



Figura 6: Publicação do Facebook do TSE de 21 de julho de 2016<sup>20</sup>



Figura 7: Publicação do Facebook do TSE de 23 de julho de 2016<sup>21</sup>

19 FACEBOOK Tribunal Superior Eleitoral: Quanto mais participação feminina na política, mais democracia. Faça parte das decisões do seu bairro, da sua comunidade, do seu município..Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1115347571818713/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

20 FACEBOOK Tribunal Superior Eleitoral: A regra é clara, Arnaldo! . Disponível em:<<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1172256642794472/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

21 FACEBOOK Tribunal Superior Eleitoral: Nada de virar a casaca!. Disponível em:<<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1173502856003184/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

É possível encontrar vários outros exemplos nas publicações em que a atribuição de papéis é realizada através de estereótipos de gênero e a própria representação das personagens dentro de seus gêneros segue um padrão: roupas na cor rosa são atribuídas apenas a mulheres e os homens são representados na maior parte das vezes de terno.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a Internet apresentar um potencial a princípio grande e ainda desconhecido, ainda é baixa a interação da população com o TSE através do Facebook, confirmando a primeira hipótese. A segunda hipótese, de que essa comunicação pode atingir nichos, merece mais testes, pois são necessárias mais informações sobre o público atingido. A terceira hipótese, sobre a replicação das mensagens, se confirma de forma tímida, pois todas as imagens que faziam referência às eleições foram compartilhadas, apesar do número baixo.

Ficam, desta experiência, dois desafios. O primeiro é o de nos indagarmos a respeito de maneiras de aproveitar as mídias sociais, de forma que seu impacto cresça a favor do conhecimento do Direito. A segunda é a de cobrarmos que as mulheres sejam verdadeiramente representadas na comunicação institucional do TSE, para que se reconheçam como seres integrantes da comunidade política e, assim, tenham mais motivação para realmente participar da política.

### 4. REFERÊNCIAS

BENTIVEGNA, Fernando Jucá. **Fatores de impacto no sucesso do marketing boca a boca on-line**. São Paulo: FGV-EAESP, 2002. Disponível em: <<http://www.rae.com.br/artigos/1160.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2009.

BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art15](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm#art15)> acesso em 08 de março de 2016.

GRAHAM, Jeffrey. What does viral marketing really mean? [10-11-1999]. Disponível na Internet: <[http://www.clickz.com/mkt/emkt\\_strat/article.php/817461](http://www.clickz.com/mkt/emkt_strat/article.php/817461)>, "In" BENTIVEGNA, Fernando Jucá. **Fatores de impacto no sucesso do marketing boca a boca on-line**. São Paulo: FGV-EAESP, 2002. Disponível em: <<http://www.rae.com.br/artigos/1160.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2009.

CAPRINO, M.; ROSSETTI, R.; GOULART, E. Comunicação e sociedade: faces e interfaces inovadoras. In: CAPRINO, Mônica (Org.) **Comunicação e inovação: reflexões contemporâneas**. São Paulo: Paulus, 2008. (Coleção Comunicação)

FACEBOOK **Tribunal Superior Eleitoral: A regra é clara, Arnaldo!**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1172256642794472/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral: Lembretes importantes!**. Di-

Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1226238374062965/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral: Mais da metade da população brasileira é feita de mulheres. Se você é mulher, exerça a sua cidadania, exija e participe mais da política do seu País.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1163269747026495/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral: Momentos decisivos!** Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1231964023490400/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral: Nada de virar a casa!** Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1173502856003184/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral: “Olha como ele é bonito... olha como ele é inteligente...”.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1225332184153584/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral: Pessoas.** Disponível em: <[https://www.facebook.com/pg/TSEJus/likes/?ref=page\\_internal](https://www.facebook.com/pg/TSEJus/likes/?ref=page_internal)>. Acesso em: 16 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior Eleitoral: Quanto mais participação feminina na política, mais democracia. Faça parte das decisões do seu bairro, da sua comunidade, do seu município.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/TSEJus/photos/a.579606315392844.1073741827.316828035004008/1115347571818713/?type=3&theater>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

HESPANHA, António Manuel, **O Caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje.** Coimbra: Almedina, 2007.

PINHEIRO, Marta Araújo. Comunicação, consumo e produção de si. In: COUTINHO, I; SILVEIRA, P. (Org.). **Comunicação: tecnologia e identidade.** Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

ROSSETTI, Regina. Visões teóricas acerca das confluências entre comunicação, sociedade e inovação. In: CAPRINO, Mônica (Org.) **Comunicação e inovação: reflexões contemporâneas.** São Paulo: Paulus, 2008. (Coleção Comunicação)

TRIBUNAL Superior Eleitoral. **Estatísticas Eleitorais 2016 - Eleitorado.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016>>. Acesso em: 16 out. 2016.



# ROBÔS A SERVIÇO DAS ELEIÇÕES: INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NA PROPAGANDA ELEITORAL<sup>1</sup>

João Paulo Correa Valadares Raposo<sup>2</sup>

Thailon Ribeiro Oliveira<sup>3</sup>

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Cristina de Souza<sup>4</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A internet é um dos meios pelo qual é possível criar uma relação entre diversos grupos sociais, por meio do compartilhamento de posicionamentos religiosos, culturais, artísticos e políticos. A partir disso, surge o pensamento coletivo de troca de conhecimento e informações, chamado por Pierre Lévy de *ciberespaço*<sup>5</sup>. Esse ambiente origina-se da “interação entre pessoas”, sendo um “sistema de proximidade próprio do mundo humano”, o qual depende de técnica, linguagem, cultura, significações, convenções, representações e emoções<sup>6</sup>. Essa interação na rede, diante dos debates, posições e ideologias aceitas ou não, vai interferir no “mundo real” por intermédio das relações humanas, culturais e sociopolíticas<sup>7</sup>.

Considerada a forma de comunicação com maior agilidade e dinamismo, a internet esbarra na dificuldade de acesso que algumas comunidades possuem, o que não impossibilita a ampliação e seu aperfeiçoamento, destacando a velocidade na qual o uso se massifica, a qual não intimida esse espaço<sup>8</sup>. O Espaço do Saber é justamente essa realidade virtual, “essa utopia já presente em manchas, em pontilhado, em potência em todo lugar onde os seres humanos sonham, pensam e agem juntos”<sup>9</sup>, que possibilita a transformação constante de comportamentos que constroem ideologias e disseminam informações. Ocorrem em via dupla as trocas cooperativas de conhecimento, contribuindo assim para “a mobilização dos saberes, o reconhecimento das diferentes identidades e a articulação dos pensamentos que compõem a coletividade”<sup>10</sup>.

Esse ambiente desenvolve-se principalmente nas redes sociais que, segundo Boyd e Ellison, é classificado como:

---

1 Projeto de pesquisa, ROBÔS NA INTERNET: O USO DE FERRAMENTAS DIGITAIS PARA A MANIPULAÇÃO DA INFORMAÇÃO que surgiu nos debates do Grupo de Estudo Direito e Sociedade Digital da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima -MG, coordenado pela Profa. Dra. Luciana Cristina de Souza. Pesquisa financiada pelo Cefos - Centro Educacional de Formação Superior.

2 Graduando, FDMC, Pesquisador -Grupo de Estudos - Observatório de Direito Eleitoral , Bolsista Cefos., jpcvr96@gmail.com.

3 Graduando, FDMC, Pesquisador - Grupo de Estudos - Direito e Sociedade Digital , Bolsista Cefos. , thailonribeiro03@gmail.com.

4 Doutora em Direito pela PUC Minas, Professora da Faculdade Milton Campos, em Nova Lima-MG, na qual também Coordena o Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade Digital e o Núcleo de Pesquisa e Produção Acadêmica. profalucianacsouza@gmail.com.

5 LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. 2. ed. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 1999.

6 Idem.

7 LÉVY, Pierre. **O que é virtual?**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

8 LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1993.

9 LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. *Op.cit.*, p.?

10 MACHADO, J. R.; TIJIBOY, A. V. Redes Sociais Virtuais: um espaço para efetivação da aprendizagem cooperativa. *Novas Tecnologias na Educação. CINTED-UFRGS*. Porto Alegre, v.3, n.1, mai., 2005. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/renote/article/view/13798/7994>> Acesso em: 29/06/2016.

Web-based services that allow individuals to (1) construct a public or semi-public profile within a bounded system, (2) articulate a list of other users with whom they share a connection, and (3) view and traverse their list of connections and those made by others within the system.<sup>11</sup>

Sites, como *Facebook* e *Twitter*, oferecem diversas opções para que o usuário configure os dados de identificação e interesses nas redes, a exemplo das escolhas que se tornam públicas para todos os usuários ou privado para os grupos de seguidores, que compartilham desde informações gerais a fotografias, postagens, locais frequentados, além de pensamentos e posições políticas<sup>12</sup>, partilhando valores e objetivos comuns.

uma rede, assim, é uma metáfora para observar os padrões de conexão de um grupo social, a partir das conexões estabelecidas entre os diversos atores. A abordagem de rede tem, assim, seu foco na estrutura social, onde não é possível isolar os atores sociais e nem suas conexões. O estudo das redes sociais na internet, assim, foca o problema de como as estruturas sociais surgem, de que tipo são, como são compostas através da comunicação mediada pelo computador e como essas interações mediadas são capazes de gerar fluxos de informação e trocas sociais que impactam suas estruturas.<sup>13</sup>

Assim, as relações iniciadas no 'mundo real' passam a utilizar a internet como um ambiente adicional de interação, figurando como um espaço público complementar, estabelecidas em função de movimentos sociais com finalidades sociopolíticas<sup>14</sup>. Uma nova ferramenta que é utilizada para gerar essa interação são os *softwares*, chamados de "robôs", que compartilham conteúdo de forma rápida e eficiente nas redes, possibilitando maior alcance e interatividade com o usuário, principalmente durante as campanhas eleitorais.

Primeiro, o comunicador tem pleno controle sobre a mensagem. Normalmente ele não é censurado ou filtrado por outros, isto é, a mensagem que é enviada ao destinatário supera o processo de edição jornalística. Segundo, a Internet é potencialmente interativa, isto é, torna-se possível um diálogo de mão dupla entre quem envia e quem recebe. Terceiro, o novo meio provê àquele que envia um recurso relativamente barato para transmitir grandes volumes de informação. Finalmente, a técnica sofisticada da comunicação via Web dá ao comunicador uma ampla gama de possibilidades donde escolher a forma da comunicação (texto, imagens, som e vídeo) considerada mais apropriada para uma mensagem particular [...].<sup>15</sup>

Tais mecanismos passaram a ser utilizados nas eleições brasileiras de 2010 e principalmente na presidencial de 2014 e nas eleições americanas com grande força a partir de 2010. Realçando o entendimento de que essa mídia digital veio para agregar junto a televisão e o rádio como meio difusor de conteúdo, informação e debate.

A principal proposta na sua aplicação na área política é aproximar os entes participantes do processo eleitoral, onde as redes sociais tornaram-se um elo de comunicação direto entre candidato, partido e sufragistas. Com os robôs, foi necessária uma regulamentação que limitasse a utilização nas campanhas eleitorais, visando criar um ambiente democrático e igualitário. Dessa forma, o objetivo deste artigo é buscar

---

11 BOYD, D. M.; ELLISON, N. B. Social network sites: definition, history, and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v.13, n.1, 2007. p.210-230. Disponível em: <<http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>> Acesso em: 29 jun. 2016

12 Idem.

13 RECUERO, R. *Redes Sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009. (Coleção Cibercultura).

14 AGUIAR, S. Redes sociais na internet: desafios à pesquisa. In: **XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2007. Anais**. Santos: Intercom, 2007. Disponível em: <[http://www.sitedaescola.com/downloads/portal\\_aluno/Maio/Redes%20sociais%20na%20internet-%20desafios%20%E0%20pesquisa.pdf](http://www.sitedaescola.com/downloads/portal_aluno/Maio/Redes%20sociais%20na%20internet-%20desafios%20%E0%20pesquisa.pdf)> Acesso em: 29 jun. 2016.

15 CARLSON; DJUPSUND, 2001, p. 69 *apud* GOMES, Wilson. Internet e Participação Política em Sociedades Democráticas. V ENLEPICC - Encontro Latino Americano de Economia Política da Informação, Comunicação e Cultura. Salvador, 2005, p.13.



demonstrar como a relação do concorrente e o votante ocorre através da utilização de robôs no ciberespaço e aplicação da legislação diante da incidência da utilização das redes sociais nas eleições.

## 2. ROBÔS

A utilização dos espaços virtuais deve ser realizada pelos usuários sempre com bastante cautela. A *Incapsula Inc.*<sup>16</sup>, empresa que cria aplicativos para sites, que incluem *firewall web* (WAF), proteção DDoS e uma rede de distribuição de conteúdo (CDN), realizou em 2013 um estudo que demonstrou que a maioria do tráfego do site (51%) foi gerada por entidades não-humanas, 60% dos quais eram de origem claramente maliciosa.

Ainda, analisaram que 1,45 bilhão de visitas ocorreram ao longo de um período de 90 dias. Os dados foram coletados a partir de um grupo de 20.000 sítios na rede da *Incapsula*, que consiste em clientes de todos os planos disponíveis (grátis até o maior plano, o Enterprise). Geograficamente, o tráfego abrange todas de 249 países do mundo, por códigos de país fornecidos por um ISO 3166-1 padrão.<sup>17</sup>

A partir de 2012, percebe-se um crescimento de 21% no tráfego *bot* total, o que representa, em 2013, 61,5% dos visitantes dos sites. A maior parte desse crescimento é atribuído ao aumento das visitas de *bots* (ou seja, agentes certificados como software legítimo, tais como motores de busca).

Diante desse contexto o estudo apresenta duas possibilidades. A primeira diz respeito à evolução da *Web Based Services*, que com o surgimento de novos serviços online introduz novos tipos de *bots*, e a segunda é relacionada ao aumento da atividade de *bots* existentes: padrões de visitação de alguns bons robôs consistem em ciclos de re-ocorrência.

Entre as formas de utilização dos robôs, está a coleta de dados, seja para marketing de produtos, serviços ou marcas, no *e-commerce*, com o direcionamento diante das buscas realizadas em sites de pesquisas, como o *Google*, através dos *Cookies*, que são as ferramentas que recolhem informações sobre os hábitos do usuário da Internet enquanto nela trafega. Disponibiliza-se, para o detentor do robô, dessa forma, quais sites são visitados pelo usuário, as preferências e qualquer outro registro possível, armazenando sem o conhecimento e/ou autorização da pessoa que o fornece<sup>18</sup>. Destoando da aplicação dessa ferramenta no cenário eleitoral.

Essa ferramenta digital também é usada em redes sociais por indivíduos que, por meio de sua fama e prestígio sociais, utilizam do artifício para replicar postagens e comentários. Agem, muitas vezes, com o intuito de manipular as ações daqueles que analisam as suas postagens. Os conteúdos difamados são, em grande parte, compartilhados pelos usuários que adotam, ou passaram a adotar, as ideologias ali contidas.

A exemplo, podemos analisar o cantor americano Justin Bieber que, por meio das redes sociais, adquiriu mais influência que o até então presidente dos Estados Unidos da América Barack Obama e o líder espiritual budista Dalai Lama. A pesquisa de

16 INCAPSULA. Disponível em <<https://www.incapsula.com>> Acesso em: 20 out. 2016.

17 INCAPSULA. Disponível em <<https://www.incapsula.com/blog/bot-traffic-report-2013.html>> Acesso em: 20 out. 2016.

18 TEC MUNDO. **O que são Cookies?**. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/web/1069-o-que-sao-cookies-.htm>> 08 out. 2016

influência, realizada por meio da ferramenta “Klout”, buscou aferir por meio das mídias sociais como *Twitter*, *Facebook* e *Google* o número de vezes que a personalidade era procurada, replicada e citada. Os *tweets* do cantor foram replicados em média por 5 milhões de pessoas, enquanto os do chefe de Estado foram compartilhados por cerca de 250 mil<sup>19</sup>.

Dessa forma, é nítido o poder que as mídias sociais podem ter em processos decisórios por meio da disseminação de informações que, muitas vezes, um indivíduo de grande preponderância propaga. A influência de um cantor do pop como Justin Bieber no meio virtual superar a do presidente de uma das maiores potências mundiais demonstra claramente a descentralização informativa e coercitiva que as redes sociais trazem: enquanto a opinião do artista possa influir na concepção de muitos indivíduos, lhes são facultadas as possibilidades de buscar a informação em outros meios como Blogs, Sites, Facebooks e adjacentes para conceber opiniões diversas daquelas. A rede, dessa forma, se torna espaço com um teor democrático muito superior ao rádio e a televisão.

A política mundial vem sendo diretamente afetada com a ascensão das mídias sociais. Elas têm sido utilizadas como meio de reunir, globalizar e informar o indivíduo por todo o mundo. Cientes do inegável e fundamental papel do meio virtual, o meio político se utiliza das redes buscando compartilhar informações sobre partidos e candidatos, sejam elas para beneficiar ou prejudicar; ou seja, o objetivo não é agregar informações para direcionar produtos, mas compartilhar informações de forma direcionada para determinadas classes de usuários da rede<sup>20</sup>. Não é atoa que não é difícil de se ver políticos ao lado de grandes celebridades que lhe juram apoio com o objetivo de adquirir votos.

Há também aqueles que utilizam da fama que já possuem para se auto elegerem em grandes cargos. No Brasil, muito comumente ex jogadores de futebol, conhecidos em âmbito nacional e internacional, se candidatam a diversos cargos, a maioria deles de grande relevância federal, e acabam por serem eleitos não pelas ideias ou planos apresentados, mas sim por já serem pessoas conhecidas da população.

Como exemplo disso, pode-se citar o caso de Romário, um famoso ex-jogador de futebol, que em 2014 foi eleito senador da república pelo estado do Rio de Janeiro. Segundo consta, o ex-jogador somou 4.683.963 votos (63,43% dos votos válidos). O montante causa mais espanto quando comparado à eleição para governador: Romário teve quase o mesmo número de votos que Pezão e Crivella somados (4.861.678), de acordo com a apuração divulgada pelo Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RJ). Seu maior adversário no pleito, o ex-governador Cesar Maia (DEM) aparecia com 20,51% dos votos válidos<sup>21</sup>.

Para aumentar o prestígio, diversas artimanhas são utilizadas, como por exemplo a criação de perfis falsos em redes sociais como *Facebook* e *Twitter*, buscando elevar o número de seguidores, ampliando o alcance e gerando um compartilhamento de diver-

---

19 PORTAL TERRA. **Justin Bieber é mais influente que Obama na internet**. Disponível em <<https://tecnologia.terra.com.br/internet/justin-bieber-e-mais-influente-que-obama-na-internet,3b58421a2df4a310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 20 out. 2016

20 ZITTRAIN, Jonathan. Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out: The scary future of digital gerrymandering—and how to prevent it. **New Republic, Technology**, junho de 2014. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/117878/information-fiduciary-solution-face>> Acesso em: 29 mai. 2014.

21 EXTRA. **Eleito senador pelo Rio, Romário recebeu quase tantos votos quanto Pezão e Crivella juntos**.. Disponível em <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/eleicoes-2014/eleito-senador-pelo-rio-romario-recebeu-quase-tantos-votos-quant-peza0-crivella-juntos-14153316.html>> Acesso em: 30 nov. 2016.

sas informações desejadas<sup>22</sup>. São aproveitados, assim, como amplificadores automáticos de conteúdo, os seguidores desse indivíduo receberão na *timeline* mais informações do que costumeiramente, pois a atualização ocorrerá vinte e quatro horas por dia.

Esse mecanismo foi utilizado amplamente nas eleições para a presidência de 2014, em que os maiores partidos nacionais afirmaram que os robôs foram um forte meio de propaganda eleitoral, pois transmitem informações em todos os momentos, e instantaneamente durante os debates realizados nas redes de televisão, o que é inviável nos outros meios de comunicação.<sup>23</sup>

Esse fato demonstra a real importância das redes sociais no contexto atual, onde os candidatos a utilizam com muita eficiência, como meio público para disseminar conteúdos e fazer com que milhões de mensagens cheguem, em curto espaço de tempo, ao maior número de usuários possível.

[...]Em conclusão, a Web provê os agentes políticos com a oportunidade pela qual ansiava, isto é, a de ter controle total sobre a produção da mensagem e comunicar diretamente com os potenciais eleitores sem ter os meios de massa filtrando-lhe a informação.<sup>24</sup>

As ideologias de esquerda e direita foram um dos principais pontos debatidos nas redes sociais. As divergências levaram a propaganda a um novo patamar que não foi alcançado nas eleições de 2010, que foi a utilização de redes sociais falsas utilizadas para denegrir e levantar boatos de partidos e candidatos, mostrando que os robôs, além de possibilitar a ampliação do debate democrático, também são usados como ferramenta para a politicagem, visando, acima de tudo, denegrir a imagem do adversário perante à população.

## 2.1 Robôs nas Eleições Brasileiras

As eleições brasileiras de 2014, que possuía como principais candidatos à presidência da república Dilma Rousseff (PT), Aécio Neves (PSDB) e Marina Silva (PSB), utilizaram o *Facebook*, *Twitter*, *Instagram* e *Vine*, além de outros meios de comunicação.

Em sessão administrativa do dia 5 de agosto de 2014, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) aprovou a Resolução nº 23.429<sup>25</sup>, que trata do uso do horário eleitoral pelos candidatos a presidente da República e do plano de mídia. Estabelecendo que os 25 minutos de propaganda eleitoral em bloco dos candidatos a presidente, no horário gratuito no rádio e na TV, estão assim divididos: Coligação Com a Força do Povo – 11min24s; Coligação Muda Brasil – 4min35s; Coligação Unidos pelo Brasil – 2min03s; Partido Social Cristão (PSC) – 1min10s; Partido Verde (PV) – 1min04s; Partido Socialismo e Liberdade (PSol) – 51s; Partido Social Democrata Cristão (PSDC) – 45s; Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) – 47s; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU) – 45s; Partido Comunista Brasileiro (PCB) – 45s; e Partido da Causa Operária (PCO) – 45s.<sup>26</sup>

22 ZITTRAIN, Jonathan. Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out. *Op.cit.*

23 BBC BRASIL. #SalaSocial: Perfis-robôs militam dos dois lados nas redes sociais. Disponível em < [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141024\\_salasocial\\_eleicoes2014\\_robos\\_cc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141024_salasocial_eleicoes2014_robos_cc) > Acesso em: 20 out. 2016.

24 CARLSON; DJUPSUND, 2001, p. 69 *apud* GOMES, Wilson. Internet e Participação Política em Sociedades Democráticas. *Op.cit.*, p. 13.

25 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução nº 23.429.. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.429> > 20 nov. 2016.

26 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.. Horário eleitoral no rádio e TV começa nesta terça-feira. Disponível em: <<http://>

Pela limitação da propaganda eleitoral na rádio e televisão, os partidos e candidatos buscam meios alternativos para conquistar o eleitorado, visando a internet. Nas eleições, o ciberespaço é um local que se destaca, diante da massificação construída pelas mídias tradicionais, que cria um ambiente de diálogos e debates direcionados para diversos interesses, dessa forma, possibilitando um campo para a construção coletiva de ideias e argumentos.

O Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura (Labic) da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), através do web aplicativo "Eleições 2014", possibilitou aos eleitores acompanharem as atividades dos três principais candidatos à presidência da República com o uso *Twitter*. Isso foi feito através de *bots* que coletam e armazenam dados diariamente relativos a programas que buscam os *tweets* que contenham os termos Dilma, Marina e Aécio. O mesmo processo de trabalho é feito em relação aos *tweets* sobre debate televisivo.

A pesquisa ocorreu no período eleitoral, no ano de 2014, englobando o primeiro e segundo turno, com análise detalhada de todas as menções relativas aos candidatos criadas pelos partidos, eleitores e opositores, seja humano ou robôs.

Os primeiros dados da pesquisa realizada pelo Labic demonstram que, em 30 de setembro de 2014, Aécio Neves contabilizou 46.366 *tweets*, destes 53% eram *retweets*, originados de 9068 perfis. As palavras "segundo turno", "ibope", "pesquisa" e "levy fidelix" são as mais citadas na rede do candidato. E as *hashtags* mais citadas são "eleicoes2014", que advém da imprensa, "mudabrasil" e "aeciodevirada". Os usuários que mais publicaram *tweets* com o termo "Aécio" foram: @poderdojogo, @dricunha, @euvoudeaecio\_, @josealosebahia, @marcosboniatti, @sakasakamori, @minassempauta, @aecio45uai, @tottustu e @leonardogsade. Juntos produziram 1451 *tweets* em um só dia. A conta @poderdojogo foi suspensa pelo Twitter. A conta @dricunha é orientada a criar *tweets* de ataque a adversários. E a @euvoudeaecio\_ busca mobilizar a militância tucana<sup>27</sup>.

No mesmo período, a então candidata à reeleição, Dilma, contabilizou 123.038 *tweets*. Destes, 64.634 são *retweets*, originados de 20.068 perfis. As redes da Petista polarizada com a rede ligada ao senador Peemedebista se atacavam mutuamente. As palavras "veja", "petrobras" e "turno" são as mais citadas nessa rede. Já as *hashtags* mais recorrentes são "eleicoes2014" (advém da imprensa), "dilma13maisbrasil" e "1oturno"<sup>28</sup>.

Os 10 usuários que mais publicaram *tweets* (na ordem) com o termo "Dilma" foram: @akrciara, @josealosebahia, @daysebia1, @franklin\_famj, @midia crucis, @gis-marpj, @roussef13, @edileudarego, @lourtita e @ironmarden. Juntos produziram 2.984 *tweets* em um só dia. A conta @akrciara é perfil anônimo que publica sobre assuntos referentes à "crise da polícia federal". A conta @josealosebahia é orientada a publicar continuamente notícias pró-Dilma, funcionava como um perfil zumbi. E a @daysebia1 também é associada a perfis falsos que propagam causas corporativas da Polícia Federal. E @franklin\_famj é um robô que divulga o plano de governo de Marina Silva. Por padrão, as eleições de 2014 estão colonizadas pelos *bots* que tentam influenciar e criar

---

[www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Agosto/horario-eleitoral-no-radio-e-tv-comeca-nesta-terca-feira-19](http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Agosto/horario-eleitoral-no-radio-e-tv-comeca-nesta-terca-feira-19).> Acesso em: 20 nov. 2016.

27 LABIC. Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura - Aécio. Disponível em <<http://labic.net/eleicoes2014/aecio/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

28 LABIC. Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura - Dilma. Disponível em <<http://labic.net/eleicoes2014/dilma/>>. Acesso em: 20 out. 2016

tendências artificiais de opinião<sup>29</sup>.

A candidata Marina Silva teve 113.191 *tweets*, sendo que destes, 58.212 são *retweets*, originados de 22.181 perfis. Uma significativa parcela dos usuários da rede, favoráveis a Dilma e Aécio, são compostas por grande número de *bots*, que compartilham informações sobre os candidatos e também atacam a candidata do PSB. Mas também há ataques partindo da ex-senadora: entre os 10 usuários mais ativos no dia 30, dois são *bots* que cumprem sua missão a favor de Marina. Enquanto @aroldoarantes publicou 319 mensagens, @cleuzabapti escreveu 181 textos no microblog, sempre atacando as redes petistas ou peessedebistas. Marina foi atropelada na rede de *bots* de inúmeras direções – o que inclui também de perfis reais, candidatos, blogueiros e cidadãos. A atuação desses robôs fizeram com que os temas anti-Marina ganhasse força na rede e influenciando a imprensa negativamente, que acabou por validar os assuntos que surgem de modo artificial.<sup>30</sup>

Os usuários que mais publicaram *tweets* (na ordem) com o termo “Marina” foram: @akrciara, @aroldoarantes, @josealoisebahia, @joaonogueiramtz, @brunogsouza, @cleuzabapti, @midia crucis, @turquim5, @kitri1, @daysebia1. Juntos publicaram 2.157 *tweets* em um só dia. A conta @akrciara é perfil anônimo que publicou sobre assuntos referentes à “crise da polícia federal”. A conta @josealoisebahia foi orientada a publicar continuamente notícias pró-Dilma, funcionava como um perfil zumbi. E a @daysebia1 também é associada a perfis falsos que propagaram causas corporativas da Polícia Federal. As palavras “Mark”, “Ruffalo”, “retira”, “apoio”, “casamento”, “gay” representaram o impacto que teve na rede a notícia de que o ator que interpretou “Hulk” desistiu de apoiar Marina quando soube que ela não concorda com casamento gay.<sup>31</sup>

A pesquisa realizada pelo Labic também acompanhou os debates televisionados: o primeiro debate do segundo turno entre Aécio Neves e Dilma Rousseff. Os candidatos à presidência buscavam usar os debates para conquistar a preferência dos eleitores indecisos. Segundo o cientista político Fernando Abrucio, alertando para as pesquisas de intenção de voto divulgadas pelo Ibope e Datafolha, há um empate técnico entre Aécio (que aparece com 51%) e Dilma (que tem 49%).<sup>32</sup>

Os 10 usuários mais ativos durante o debate são: @luolivieira, @izabelvieira11, @peaodefabryca, @prandrefalcao, @flaviosoares78, @i\_melo, @emily\_sav, @prideofcl, @drlgca, @adirluizcolombo. Desses, a maioria tem características de perfis teleguiados (robôs ou humanos) que servem para ataque aos adversários.<sup>33</sup>

O impacto que as redes sociais obtiveram nas eleições de 2014 demonstra que essa nova mídia possibilitou a ampliação dos debates, além de possibilitar a coleta de informações sobre os candidatos, partidos, plataformas políticas e a aproximação entre candidato e eleitor, considerando que as redes sociais agrega a democracia participativa e impulsiona na decisão do eleitor.

[...] conta no Twitter não elege ninguém, o que elege é uma ação planejada e estreitamente relacionada com

---

29 Idem.

30 LABIC. **Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura - Marina**. Disponível em <<http://labic.net/eleicoes2014/marina/>> Acesso em: 20 out. 2016.

31 Idem.

32 BAND. **Debate da Band pode definir voto dos indecisos**. Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/eleicoes/2014/presidenciais/100000713599/debate-da-band-pode-definir-voto-dos-indecisos.html>> Acesso em: 20 out. 2016.

33 LABIC. **Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura**. *Op.cit.*



as outras frentes de campanha. O marketing político na Internet exige participação ativa do candidato e sua equipe. Criar um perfil nas redes sociais não significa ter uma participação nessa rede, pois a participação em mídias sociais se dá através da interação e engajamento (VALLE, 2012, s/p).<sup>34</sup>

Portanto, foram evidentes os efeitos do uso de robôs nas eleições presidenciais brasileiras. Tal mecanismo foi usado de forma a buscar, acima de tudo, manipular o pensamento do eleitor, pois os candidatos se preocuparam mais em denegrir a imagem um do outro do que apresentar propostas concretas e planos de governo. Apesar de toda a legislação, seu uso tem que ser fiscalizado, para que cheguem aos eleitores informações verídicas, que possam fazer com que eles formulem suas opiniões e seus votos.

## 2.2 Robôs nas Eleições Norte Americanas

É fato notório que o resultado das eleições norteamericanas, interfere diretamente, sobre vários aspectos, em todo o mundo. Democratas e Republicanos a cada eleição buscam diferentes formas de conseguir ocupar o principal cargo político do mundo, usando dos mais variados meios para conquistar tal objetivo.

Naquele país, diversas são as leis que normatizam o processo eleitoral. Até hoje, ao contrário do que ocorre com o Brasil, por exemplo, onde há poucas limitações sobre gastos realizados com campanhas, sejam eles de indivíduos ou dos próprios candidatos.

Porém, com a recente globalização de redes e computadores que vem ocorrendo em âmbito mundial, os legisladores se viram obrigados a abranger a internet, e a normatizar seu uso dentro do período eleitoral. Redes sociais de grande alcance, como Facebook e Twitter, foram muito utilizadas nas eleições presidenciais do ano de 2010, onde por meio delas os Robôs foram acionados de uma maneira que fizesse o eleitor compreender a necessidade de comparecer às urnas, já que o voto neste país é optativo, conseguindo levar milhares de pessoas a irem votar.

Nas eleições de 2016, esses mecanismos foram usados tanto por Donald Trump quanto por Hillary Clinton. Segundo consta, Trump usou mais desse recurso e buscava por meio dele fazer com que os eleitores ficassem confusos quanto aos planos de governo de Clinton e semear discussões. Como seu uso se deu principalmente em mídias digitais, o Google chegou a informar que iria coibir que esse tipo de informações fosse publicada em seu site.<sup>35</sup>

Contudo, muito se observa que mecanismos como os Robôs, por diversas vezes, são utilizados com o intuito de manipular o pensamento dos eleitores por meio da disseminação de conteúdos, que em grande parte não traduzem a realidade total dos fatos, interferindo diretamente. A atuação dos indivíduos nas campanhas eleitorais é livre. Postar e-mails de apoio, emitir opinião nas redes sociais tipo orkut, criar hiperlinks, criar páginas de apoio, são atividades não sujeitas a nenhuma regra especial. Além disso, essas atividades não são consideradas “contribuições” a campanhas, sujeita a registros ou controles como doações em dinheiro ou outros recursos.

Já os candidatos e comitês podem usar a internet dentro de certas regras. Para o envio de mensagens por e-mail, por exemplo, quando o número excede a 500 e-mails

---

34 VALLE, Alberto. **Marketing político nas redes sociais. Eleitor Digital**, 2012. Disponível em: <<http://www.eleitordigital.net.br/marketing-politico-nas-redes-sociais/>> Acesso em: 20 jun. 2016.

35 Disponível em : C:\amp\m.folha.uol.com.br\amp\mundo\2016\11\1834081-robos-pro-trump-nas-redes-sufocaram-mensagens-de-apoio-a-hillary.shtml. Acesso em 10/12/2016

similares, é obrigatório que seja incluído um mecanismo que permita seu descadastramento pelo destinatário (disclaimer). Podem ser feitas doações online, mas aquelas em valor superior a US\$ 200 (no total, ao longo de um ano) devem ser identificadas. Os sites dos candidatos e comitês devem informar claramente que tipos de contribuição são proibidas<sup>36</sup>.

Entretanto, como direito essencial à informação que todo cidadão possui, tais normas não legitimam aqueles que podem usar do meio virtual durante o período de campanha a usar mecanismos que busquem somente difamar e manipular a visão que o eleitor possui sobre o adversário.

### 3. LEI ELEITORAL

Com o emprego das *social network* nas eleições, o legislador, através da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015<sup>37</sup>, também conhecida como a Lei da Minirreforma eleitoral, alterou as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997<sup>38</sup>, 9.096, de 19 de setembro de 1995<sup>39</sup>, e 4.737, de 15 de julho de 1965<sup>40</sup>, visando estabelecer regras para melhor regulamentar a propaganda eleitoral, destacando a internet como nova ferramenta. Para as eleições de 2016, a referida lei alterou o tempo de duração da propaganda que passou a ser 35 dias com 100 minutos diariamente, sendo 10 minutos diurno e 10 minutos noturno, além de 80 minutos durante toda a programação nas rádios e televisões, no primeiro turno.

As propagandas realizadas através de sites como blogs devem estar regulamentadas, sendo imprescindível a prévia comunicação da existência dos provedores à Justiça Eleitoral, que ainda devem estar estabelecidos no Brasil. Igualmente às outras formas de propaganda, como cartazes e músicas, as redes sociais estarão liberadas a partir de 15 de agosto do ano da eleição, podendo ser veiculadas até o dia do pleito.

A Lei veda a utilização da propaganda digital paga, em sites de pessoas jurídicas, sites oficiais, hospedado por órgãos ou entidades da administração pública. As informações relativas ao processo eleitoral, as quais possam potencializar seu alcance não podem ser impulsionadas mediante remuneração aos provedores de serviços, sendo, portanto, defeso qualquer espécie de remuneração aos provedores, que possa de alguma forma potencializar o alcance das informações veiculadas no período da campanha eleitoral.

Jonathan Zittrain levanta o questionamento de como a utilização dos robôs podem influenciar negativamente as eleições, ao compartilhar conteúdos ideológicos através de mensagens constantes nas redes sociais como *Facebook*. No artigo “*Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out*”,<sup>41</sup> apresenta dados de um estudo em que 340 mil eleitores americanos foram influenciados, através de mensagens no

36 FEDERAL ELECTION COMMISSION. **Electioneering Communications**. Disponível em: <http://www.fec.gov/pages/brochures/electioneering.shtml>. Acesso em: 18 de novembro de 2016

37 BRASIL. **Lei nº 13.165**, de 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-no-13-165-de-29-de-setembro-de-2015>> Acesso em: 29 jun. 2016.

38 BRASIL. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)> Acesso em 29 jun. 2016.

39 BRASIL. **Lei nº 9.096** de 19 de setembro de 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9096.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm)> Acesso em 29 jun. 2016.

40 BRASIL, **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>> Acesso em 29 jun. 2016.

41 ZITTRAIN, Jonathan. *Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out*. *Op.cit.*.

Facebook, a irem votar.

Tal pesquisa não tinha como objetivo influenciar de acordo com ideologias ou candidatos, mas tão somente, ato de votar, demonstrando que mensagens compartilhadas entre os usuários da rede e retransmitidas por *softwares* podem movimentar milhares de pessoas com um único objeto.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da tecnologia da informação possibilitou o acesso massivo a conteúdos compartilhados na rede digital, local onde o aprendizado se tornou dinâmico e vasto diante do alcance, mas também diante do entretenimento que é oferecido, que não visa um crescimento construtivo, ampliando a alienação. No meio eleitoral, esse lado da rede digital é primordial para a aplicação do objetivo dos robôs, a alienação política pela supressão de informação e transmissão de conteúdo, ou seja, como o usuário irá interpretar as informações compartilhadas pelos robôs e construir um pensamento lógico e coeso?

Em sua tese de doutorado, Luciana C Souza abordou a “Resiliência e concretização da cidadania no Brasil”, tópico dentro do qual tratou, entre outros assuntos, sobre a formação da opinião pública, especialmente no âmbito desse novo cenário que chamou de *racionalidade midiática*<sup>42</sup>. Preocupada com a qualidade das relações democráticas brasileiras, Souza alerta que:

[...] para a participação popular acontecer democraticamente, a ação social (individual ou coletiva) não pode ser induzida pela manipulação da opinião pública (...). É preciso aferir se existem mecanismos de usurpação do espaço de ação coletiva ou que a viciem, além de oferecer ao cidadão instrumentos jurídicos efetivos de defesa do direito de participar como corolário do princípio da democracia social, notadamente aquela de natureza deliberativa.<sup>43</sup>

Ainda sobre o uso dessa *racionalidade midiática* e o seu impacto sobre a deliberação pública de natureza político-eleitoral, Souza afirma que:

Em segundo lugar, não obstante os recursos midiáticos existentes, ao invés de ter sido ampliado o acesso à informação, houve, sim, um forte processo de —evasão de consciência, como diz Edgar Morin<sup>44</sup>. O uso de *video games*, internet, televisão e outros instrumentos da cultura do entretenimento que oferecem *descanso* ao indivíduo em suas horas fora do ambiente de produção visa satisfazer o *homo ludens*, e não estimular reflexões mais profundas, adormecendo uma possível crítica sobre o modo como as relações sociais hoje se desenvolvem<sup>45 46</sup>.

Portanto, as utilizações dos robôs devem ser estimadas porque possibilitam maior alcance para o eleitorado, permitem uma propaganda justa de partidos grandes e pequenos, pois não existe a limitação de tempo imposta nas outras mídias, como rádio e televisão, além de seu custo ser menor. Diante das dificuldades, contudo, de identificar o usuário que compartilha conteúdo e informações, a legislação delimita como deve ser

---

42 SOUZA, Luciana Cristina de. **A aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade no Brasil**. Tese (229p.). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, *passim*.

43 *Idem*, p. 95.

44 MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org.). **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário**. Porto Alegre: Sulina, 2004. p. 14-15.

45 GRAY, John. **Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais**. 4. ed. Trad. Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 182.

46 SOUZA, Luciana Cristina de. *Op.cit.*, p. 180.

utilizada e as vedações necessárias para reprimir, além do direito de resposta ao ofendido.

## 5. REFERÊNCIAS

AGUIAR, S. Redes sociais na internet: desafios À pesquisa. In: **XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2007. Anais.** Santos: Intercom, 2007. Disponível em: <[http://www.sitedaescola.com/downloads/porta1\\_aluno/Maio/Redes%20sociais%20na%20internet-%20desafios%20%E0%20pesquisa.pdf](http://www.sitedaescola.com/downloads/porta1_aluno/Maio/Redes%20sociais%20na%20internet-%20desafios%20%E0%20pesquisa.pdf)> Acesso em: 29 jun. 2016.

BAND. **Debate da Band pode definir voto dos indecisos.** Disponível em: <http://noticias.band.uol.com.br/eleicoes/2014/presidenciais/100000713599/debate-da-band-pode-definir-voto-dos-indecisos.html>> Acesso em: 20 OUT. 2016.

BBC BRASIL. **#SalaSocial: Perfis-robôs militam dos dois lados nas redes sociais.** Disponível em< [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141024\\_salasocial\\_eleicoes2014\\_robos\\_cc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141024_salasocial_eleicoes2014_robos_cc)> Acesso em: 20 out. 2016.

BOYD, D. M.; ELLISON, N. B. Social network sites: definition, history, and scholarship. **Journal of Computer-Mediated Communication**, v.13, n.1, 2007. p.210-230. Disponível em: < <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>> Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-no-13-165-de-29-de-setembro-de-2015>> Acesso em 29 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Disponível em:<<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-1/lei-no-4-737-de-15-de-julho-de-1965>> Acesso em 29 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 9.096 de 19 de setembro de 1995.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9096.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm) Acesso em 29 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)> Acesso em: Acesso em 29 jun. 2016.

EXTRA. **Eleito senador pelo Rio, Romário recebeu quase tantos votos quanto Pezão e Crivella juntos.** Disponível em<<http://extra.globo.com/noticias/brasil/eleicoes-2014/eleito-senador-pelo-rio-romario-recebeu-quase-tantos-votos-quanto-peza0-crivella-juntos-14153316.html>>Acesso em: 30 nov. 2016.

FEDERAL ELECTION COMMISSION. **Electioneering Communications.** Disponível em: <http://www.fec.gov/pages/brochures/electioneering.shtml>. Acesso em: 18 de novembro de 2016.

FOLHA de São Paulo. Disponível em: <<C:\amp\m.folha.uol.com.br\amp\mundo\2016\11\1834081-robos-pro-trump-nas-redes-sufocaram-mensagens-de-apoio-a-hillary.shtml>>. Acesso em 30 nov. 2016.

GOMES, Wilson. Internet e Participação Política em Sociedades Democráticas. **V ENLEPICC - Encontro Latino Americano de Economia Política da Informação, Comunicação e Cultura.** Salvador, 2005.

INCAPSULA. **Report: Bot traffic is up to 61.5% of all website traffic.** Disponível em: <

<https://www.incapsula.com/blog/bot-traffic-report-2013.html>> Acesso em: 20 out. 2016.

LABIC. **Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura**. Disponível em: <<http://labic.net/eleicoes2014/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura - Aécio**. Disponível em: <<http://labic.net/eleicoes2014/aecio/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura - Dilma**. Disponível em: <<http://labic.net/eleicoes2014/dilma/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura - Marina**. Disponível em: <<http://labic.net/eleicoes2014/marina/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Laboratório de Estudos sobre Imagem e Cibercultura - Debates**. Disponível em: <<http://labic.net/eleicoes2014/debates/>>. Acesso em: 20 out. 2016.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. 2. ed. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Loyola, 1999.

\_\_\_\_\_. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1993.

\_\_\_\_\_. **O que é virtual?**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

MACHADO, J. R.; TIJIBOY, A. V. Redes Sociais Virtuais: um espaço para efetivação da aprendizagem cooperativa. *Novas Tecnologias na Educação*. **CINTED-UFRGS**. Porto Alegre, v.3, n.1, mai., 2005. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/renote/article/view/13798/7994>>. Acesso em: 29/06/2016.

MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org.). **A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário**. Porto Alegre: Sulina, 2004. p. 14-15.

PORTAL TERRA. **Justin Bieber é mais influente que Obama na internet**. Disponível em: <<https://tecnologia.terra.com.br/internet/justin-bieber-e-mais-influente-que-obama-na-internet,3b58421a2df4a-310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 20 out. 2016

RAY, John. **Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais**. 4. ed. Trad. Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 182.

RECUERO, R. *Redes Sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009. (Coleção Cibercultura).

SOUZA, Luciana Cristina de. **A aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade no Brasil**. Tese (229p.). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, passim.

TEC MUNDO. **O que são Cookies?** Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/web/1069-o-que-sao-cookies-.htm>> . Acesso em 08 out. 2016

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Horário eleitoral no rádio e TV começa nesta terça-feira**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Agosto/horario-eleitoral-no-radio-e-tv-comeca-nesta-terca-feira-19.>> Acesso em: 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 23.429**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-an>



[teriores/eleicoes-2014/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.429](#)> 20 nov. 2016.

VALLE, Alberto. Marketing político nas redes sociais. **Eleitor Digital**, 2012. Disponível em: <<http://www.eleitordigital.net.br/marketing-politico-nas-redes-sociais/>> Acesso em: 20 jun. 2016.

ZITTRAIN, Jonathan. **The Future of the Internet – And How to Stop It**. New Have, Estados Unidos: Yale University Press 2009.

\_\_\_\_\_. Facebook Could Decide an Election Without Anyone Ever Finding Out: The scary future of digital gerrymandering—and how to prevent it. **New Republic, Technology**, junho de 2014. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/117878/information-fiduciary-solution-face>> Acesso em: 29 mai. 2014.



GRUPO DE TRABALHO 8

# **DIREITOS DE AUTOR:**

EROSÃO DE PARADIGMAS  
E OS NOVOS DILEMAS DA INTERNET

# PROTEÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS E CRIAÇÃO DE CONTEÚDO E RIQUEZA NA INTERNET

André Costa F. de Belfort Teixeira <sup>1</sup>

Letícia Alves Vial <sup>2</sup>

Marcos Henrique Costa Leroy <sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O papel central do sistema de proteção de Direitos Autorais no desenvolvimento da economia digital – ainda que não diretamente relacionada a indústrias que façam uso direto de bens protegidos por Direitos Autorais – tem sido reiteradamente proposta na doutrina. Especificamente, Anupam Chander, Lawrence Lessig, Jonathan Zittrain e Mark Lemley problematizam, de forma similar, o sistema de *copyright* e o papel desse sistema na criação de bens culturais e de riqueza na internet.

Anupam Chander<sup>4</sup>, ao tentar identificar as variáveis legais que levaram ao surgimento do Vale do Silício, ressalta três: responsabilidade do intermediário, direitos autorais (*copyright*), e privacidade. Nesse caso, Chander analisa como a aplicação de regras de responsabilidade sobre infração a Direitos Autorais poderia ter impactos significativos no desenvolvimento de gigantes da internet, como o Yahoo, Google e Facebook. Embora essas empresas não tenham uma operação centrada em Direitos Autorais, a possibilidade de disseminação e compartilhamento de conteúdo protegidos por esses direitos por meio dos serviços prestados pelas referidas empresas poderia gerar um risco potencial de responsabilidade que tornaria suas atividades economicamente inviáveis.

Chander<sup>5</sup> aponta que a redução dos riscos de responsabilização e a diminuição do custo de gestão de infração a Direitos Autorais foi fundamental no desenvolvimento do Vale do Silício. Para se ter uma ideia do impacto desse desenvolvimento, em 2015, o valor total de mercado das principais empresas baseadas no Vale do Silício era de US\$ 2,8 trilhões<sup>6</sup>.

Lawrence Lessig<sup>7</sup> defende que a lei norte-americana de *copyright* deve ser reformada. Lessig<sup>8</sup> afirma que a cultura em si não sobreviveria sem a proteção da proprie-

---

1 Mestrando e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) e coordenador-membro do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (gPI), ambos da Faculdade de Direito da UFMG. Tutor da Clínica de Direito e Internet do Instituto de Referência em Internet e Sociedade – IRIS/BH. E-mail: andre@andrebelfort.com.br.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), coordenadora-membro do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (gPI) e membro do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet), ambos da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: vialleticia@gmail.com.

3 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE), membro do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet) e coordenador-membro do Grupo de Estudos em Propriedade Intelectual (gPI), todos da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: mhcleroy@hotmail.com.

4 CHANDER, Anupam. How Law Made Silicon Valley. **Emory Law Journal**, Califórnia, v. 63, n. 639, p.640-694, 2014. Disponível em: <[http://law.emory.edu/elj\\_documents/volumes/63/3/articles/chander.pdf](http://law.emory.edu/elj_documents/volumes/63/3/articles/chander.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

5 *Idem* p. 661-662

6 ECONOMIST (Ed.). **Silicon Valley's fortunes: What a PErformance**. 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2015/07/silicon-valleys-fortunes?fsrc=scn/tw/te/bl/ed/WhatAPerformance>>. Acesso em: 20 set. 2016.

7 *Idem* p. 270

8 *Idem* p. 265

dade intelectual. Porém, a legislação atual mostra-se defasada, tendo sido desenvolvida para uma economia industrial, e representa um risco para as empresas da economia digital. Por tal motivo, Lessig<sup>9</sup> considera que deveria haver uma reforma do sistema de *copyright* para que a legislação seja mais condizente com a realidade do século XXI. Como meio de atingir essa modernização do sistema de proteção de *copyright*, Lessig propõe uma série de mudanças na legislação, em linha com o identificado por Chander como crucial no desenvolvimento do Vale do Silício, que tem por objetivo significativa flexibilização dos *copyrights*. Pretende-se, com isso, que haja um estímulo para a criação de obras derivadas por amadores, bem como uma maior facilidade de disposição dos próprios direitos para os autores em geral.

Com o intuito de observar como é o efeito da *Internet* sobre a cultura, Lessig propõe que a rede suscitou uma mudança na criatividade, principalmente a comercial, que é normalmente o foco de proteção do direito, levando à reflexão sobre os limites existentes na regulação do direito como forma de controle do que se é produzido. A internet possibilitou maior participação na criação e desenvolvimento da cultura, o que abriu discussões sobre uso não autorizado de direitos autorais na *Internet* - e se, e como, esse uso deve ser permitido. Lessig<sup>10</sup>, por fim, ressalta que mudanças no direito são usualmente impulsionadas por agentes com significativo poder econômico, e em interesse próprio, não necessariamente considerando potenciais benefícios coletivos.

A relevância da *Internet* no aumento da produção de bens culturais também é citada por Jonathan Zittrain, que desenvolve o conceito de uma "*Internet* generativa", que favorece a inovação, a criação e a disseminação da cultura, em grande parte por causa da arquitetura da *Internet*. O mais importante para o estudo específico proposto por este autor está na forma de interação dos usuários diante da arquitetura projetada pela *Internet*, entre elas a liberdade de artistas criarem obras e produtos sem estarem completamente sujeitos às clássicas indústrias de entretenimento<sup>11</sup>.

A *Internet* Generativa propõe um local de interação social, colocando à tona diferentes e novas possíveis relações diante da conectividade entre as pessoas – como quem paga pelo que, quem pode compartilhar o que – afetando de forma inédita os direitos autorais ou a privacidade, por exemplo<sup>12</sup>. Nesse ambiente absolutamente novo, a utilização de regras obsoletas pode levar a soluções jurídicas sub-ótimas de conflito de interesses no ambiente da *Internet*.

Mark Lemley<sup>13</sup>, por sua vez, propõe pensar a *Internet* a partir de uma resignificação de um dos paradigmas fundamentais da economia: a escassez. Lemley<sup>14</sup> trabalha a ideia de que, com a evolução tecnológica e o desenvolvimento da *Internet*, tem-se reduzido drasticamente os custos de produção e distribuição de conteúdo, não havendo assim real escassez nesse mercado.

Nesse contexto, Lemley questiona a visão clássica do papel da propriedade intelectual como ferramenta criada para forjar uma escassez, restringindo o acesso a de-

---

9 *Idem* p. 268

10 *Ibidem*.

11 ZITTRAIN, Jonathan. **The future of the internet--and how to stop it**. New Haven & London: Yale University Press, 2008, p. 98. Disponível em: <[https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4455262/Zittrain\\_Future%20of%20the%20Internet.pdf?sequence=1](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4455262/Zittrain_Future%20of%20the%20Internet.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 16 out. 2016.

12 *Idem* p. 99

13 LEMLEY, Mark A.. **IP in a World Without Scarcity**. 2014. Disponível em: < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2413974](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2413974) >. Acesso em: 13 mar. 2016.

14 *Idem* p. 26

terminados produtos, permitindo manter o seu valor de mercado e possibilitando aos criadores receber por seus trabalhos, incentivando, em teoria, uma maior produção.

Porém, como apontado por Lemley<sup>15</sup>, essa visão tem se mostrado problemática. Além de a *Internet* representar um desafio para o controle dessa escassez ficta, é cada vez mais comum que não haja a vontade dos criadores de conteúdo em privar o acesso às suas obras, com o intuito de proveitos econômicos.

Lemley<sup>16</sup> afirma que as experiências proporcionadas pela *Internet* têm nos trazido algumas lições, sendo uma delas a de que as pessoas vão criar mesmo sem garantia de proteção da Propriedade Intelectual. Assim, torna-se um desafio prever como a sociedade se adaptará a essa economia sem escassez propiciada pela nova realidade tecnológica.

## 2. DISCUSSÃO OU DESENVOLVIMENTO

### 2.1. Anupam Chander e o Papel do Direito de Autor no Surgimento do Vale do Silício

Situada nos Estados Unidos, a região do Vale do Silício tem sido objeto de estudo por sua capacidade de agrupar (e servir de berço para) diversas empresas de base tecnológica e de serviços para a internet.

Diferentes modelos de criação de ecossistemas de inovação e empreendedorismo são testados ao redor do mundo, em geral com o objetivo de replicar o sucesso visto no Vale do Silício. Entretanto, não há, ainda, um ecossistema que se compare a ele – levando muitos estudiosos a se perguntarem: o que, afinal de contas, levou ao desenvolvimento do Vale do Silício?

Anupam Chander, professor de direito na Universidade da Califórnia, em seu artigo *“How Law Made Silicon Valley”*<sup>17</sup> oferece algumas possíveis respostas – entre as quais chama a atenção que a flexibilidade de Direitos de Autor foi fundamental no surgimento e desenvolvimento do Vale do Silício.

Em geral, como reconhece o próprio autor, variáveis econômicas têm sido apontadas como as fundamentais no desenvolvimento desse ecossistema:

Popular explanations for Silicon Valley's recent success revolve around two features. First, Silicon Valley bestrides the great academic centers of Stanford University and the University of California, Berkeley, and sits near the artistic and intellectual hub of San Francisco. Second, the center of venture capital in the United States also happens to be in Menlo Park, California, allowing both industries to profit from each other in a symbiotic relationship<sup>18</sup>.

Outras abordagens sobre o sucesso do Vale do Silício procuram individualizar as

---

15 *Idem* p. 31

16 *Idem* p. 40

17 CHANDER, Anupam. How Law Made Silicon Valley. **Emory Law Journal**, Califórnia, v. 63, n. 639, p.640-694, 2014. Disponível em: <<http://law.emory.edu/elj/documents/volumes/63/3/articles/chander.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

18 “Explicações populares para o sucesso recente do Vale do Silício giram em torno de duas características. Primeiro, que o Vale do Silício engloba os grandes centros acadêmicos da Universidade de Stanford e da Universidade da Califórnia em Berkeley, e é próximo do centro intelectual e artístico de São Francisco. Segundo, o centro do *venture capital* nos Estados Unidos é em Menlo Park, Califórnia, permitindo que ambas indústrias lucrem mutuamente uma da outra em uma relação simbiótica.” (*Idem*, p. 641)



características das empresas bem sucedidas<sup>19</sup>, passando ao largo do debate das características sistêmicas do vale; ou, ainda, identificam o grande número de imigrantes e a concentração de pessoas altamente qualificadas como a variável essencial<sup>20</sup>.

Entretanto, outros locais dos Estados Unidos (e fora) também apresentam a combinação de capital e centros de pesquisa sem, entretanto, levar ao surgimento de algo similar; da mesma forma, empresas isoladas podem apresentar certas características sem que façam parte de um conjunto como o Vale do Silício; e, por fim, é difícil imaginar que recursos humanos sejam exclusivos do vale.

Chander, portanto, prossegue que as explicações usuais não aparentam explicar a dificuldade de reprodução de iniciativas similares em outros lugares, concluindo que essas variáveis não são suficientes para explicar o surgimento e desenvolvimento do Vale do Silício. O autor propõe que o Direito, especialmente a responsabilidade do intermediário e o tratamento dado a direitos de autor e privacidade, em conjunto com as demais variáveis, formaram o contexto que permitiu o surgimento do Vale do Silício.

O surgimento da *Internet* e das relações no ciberespaço criaram diversos desafios legais inéditos. Diferentes países reagiram a esses desafios com graus variados de resistência ou flexibilidade – e é nesse ponto que Chander propõe que respostas legais específicas foram fundamentais para estimular o surgimento do Vale do Silício:

Congress responded to the rise of the Internet with a flurry of laws. These are the laws of this fruitful period, in chronological order: the Communications Decency Act of 1996 (CDA), the Internet Tax Freedom Act, the Children's Online Privacy Protection Act of 1998 (COPPA), the Digital Millennium Copyright Act (DMCA), the Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA), and the Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign).

Taken together, these statutes helped undergird a legal framework that proved conducive to the development of Internet-based services. While the titles of these statutes often professed consumer-oriented goals (...) commercial concerns were never far from the table<sup>21</sup>.

Comparando as iniciativas norte-americana, europeia e asiática, o autor identifica que as diferentes respostas colocaram maior ou menor pressão (e responsabilidade legal) sobre as empresas nascentes de serviços baseados na *Internet*. Assim, países que optaram por sistemas mais conservadores – e que aumentavam o risco intrínseco dos serviços baseados na *Internet* – viram suas iniciativas locais definharem. Já a experiência norte-americana, com uma abordagem relativamente mais flexível (e em conjunto com os demais fatores já apontados como cruciais), permitiu o florescimento do Vale do Silício.

No caso específico de Direitos de Autor (*copyrights*), o autor ressalta a situação de incerteza com que as empresas de serviços na *Internet* se depararam:

---

19 HARVARD BUSINESS REVIEW (Ed.). **What Makes Some Silicon Valley Companies so Successful**. 2016. Disponível em: <<https://hbr.org/2016/04/what-makes-some-silicon-valley-companies-so-successful>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

20 FORBES (Ed.) **The Real Secret Behind Silicon Valley's Success**. 2011. Disponível em: < <http://www.forbes.com/sites/singularity/2012/07/11/the-real-secret-behind-silicon-valleys-success/>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

21 “O congresso respondeu ao crescimento da internet com uma agitação legislativa. Essas são as leis desse período frutífero, em ordem cronológica: a Communications Decency Act de 1996 (CDA), a Internet Tax Freedom Act, a Children's Online Privacy Protection Act de 1998 (COPPA), a Digital Millennium Copyright Act (DMCA), a Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA), e a Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign). Tomadas em conjunto, essas leis ajudaram a fundar uma estrutura legal que se mostrou propícia ao desenvolvimento de serviços baseados na internet. Enquanto os títulos dessas leis frequentemente se mostravam orientadas ao consumidor (...) interesses comerciais nunca estiveram fora de foco.” (*Idem*, p. 649)

Any technology that allows individuals to share information can lend itself to copyright infringement. A company like Yahoo that allows individuals to post whatever they want online faces a high risk that its service will be used for extensive copyright infringement. (...) the specter of liability would be enough to stop most Internet companies dead in their tracks. This is not a hypothetical concern. Consider the graveyard of dot-com enterprises, felled not by flawed monetization plans, but by copyright law: MP3.com, ICraveTV.com, Aimster, Grokster, and, most famously, Napster.<sup>22</sup>

Assim, o simples risco de responsabilização por infração a direitos autorais muito possivelmente teria tornado a decisão de operar na internet uma escolha estrategicamente deficitária, afastando o surgimento e crescimento de empresas que se tornariam agentes fundamentais para o Vale do Silício.

A saída, porém, não foi ignorar a existência dos direitos de autor no cyberspaço; pelo contrário, as empresas de serviços na *Internet* e representantes dos grandes titulares de direitos de autor chegaram a entendimento mútuos, que envolviam certos cuidados e obrigações por partes das empresas na *Internet*, para que elas pudessem se eximir do risco.

A experiência norte-americana – de racionalização do risco, equilibrando o interesse dos titulares de direitos autorais e o desenvolvimento das empresas baseadas na *Internet* – é o exemplo máximo de Chander sobre como o direito precisou se adaptar à realidade da *Internet*, como meio de garantir que, simultaneamente, o cyberspaço não se tornasse uma ‘terra sem lei’, sem que, por outro lado, as iniciativas baseadas na *Internet* não se desfizessem, sob o peso de uma legislação antiquada e restritiva em um ambiente intrinsecamente livre e dinâmico.

## 2.2. Lawrence Lessig

Em seu livro *Cultura Livre*<sup>23</sup>, Lawrence Lessig discute diversos pontos relacionados ao acesso à cultura, como monopólio dos meios de acesso, a pirataria e Propriedade Intelectual (PI), a qual nos atermos mais especificamente neste trabalho.

No Capítulo 10 de seu livro, Lessig se propõe a discutir por que a Propriedade Intelectual não pode ser vista como um direito de propriedade como os demais. O autor afirma que

Nós sempre tratamos os direitos sobre a propriedade intelectual de forma diferente dos direitos de todos os outros tipos de propriedade. E eles nunca deveriam ser os mesmos, porque, por mais não-intuitivo que isso possa parecer, fazer isso iria fundamentalmente enfraquecer as oportunidades de novos criadores criarem. A criatividade depende dos donos de criatividade terem menor controle sobre suas obras.<sup>24</sup>

Fundamentando sua argumentação, Lessig afirma que a própria Constituição norte-americana diferencia a propriedade de terras, por exemplo, da Propriedade Intelectual. Esta tem que ser dada por tempo limitado e posteriormente disponibilizada

---

22 “Qualquer tecnologia que permita que indivíduos compartilhem informação pode ser utilizada para infringir direitos autorais. Uma companhia como o Yahoo que permite indivíduos postem qualquer coisa online enfrenta um grande risco de que seu serviço seja utilizado para infração de direitos de autor. (...) o espectro de responsabilidade seria suficiente para impedir o funcionamento da grande maioria das empresas na internet. Esta não é uma preocupação hipotética. Consideremos o cemitério de empresas ‘ponto com’, derrubadas não por estratégias falhas de faturamento, mas pela legislação de direitos de autor: MP3.com, ICraveTV.com, Aimster, Grokster, e, o caso mais famoso, Napster.” (*Idem*, p. 657-658)

23 LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. 2004. p. 341. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016

24 *Idem*, p.104.

para domínio público, não sendo necessário nenhum tipo de compensação ou retorno por isso. Ele sintetiza explicando que

Uma vez que tenhamos visto claramente como esses direitos foram diferentemente definidos, estaremos em uma melhor situação para nos questionarmos da questão que deveria ser o centro das atenções nessa disputa: não se a propriedade intelectual deve ser defendida, mas sim como. Não se nós deveríamos garantir os direitos legais dados aos proprietários de propriedade intelectual, mas sim como esse conjunto de direitos deveria ser composto. Não se os artistas devem ser pagos, mas se as instituições criadas para assegurarem que os artistas serão pagos precisam realmente controlar como nossa cultura se desenvolve.<sup>25</sup>

O professor explica, em seu texto, a estrutura de uma norma a fim de evitar violações, garantindo efetivamente a proteção de certos direitos. Posteriormente ele traz essa estrutura para o contexto da PI, que ele descreve da seguinte maneira:

Há um equilíbrio entre a lei, as normas, o mercado e a arquitetura. A lei limita a habilidade de copiar-se e compartilhar-se conteúdo, impondo penalidades sobre quem copia e compartilha conteúdo. Essas penalidades são reforçadas pelas tecnologias, que tornam difícil (arquitetura) e caro (mercado) copiar e compartilhar conteúdo. Finalmente, essas penalidades são amenizadas por normas conhecidas por todos — crianças, por exemplo, copiando as músicas de outras crianças. Esses usos de material sob *copyright* podem ser realmente uma infração, mas as normas de nossa sociedade, ao menos antes da *Internet*, não vêm problema com esse tipo de cópia. Então surge a *Internet*, ou, mais precisamente, tecnologias como o MP3 e o compartilhamento P2P. Agora a restrição da arquitetura muda dramaticamente, assim como a restrição do mercado. E como tanto o mercado quanto à arquitetura afrouxaram a regulamentação do *copyright*, as normas também foram na mesma balada. O feliz equilíbrio (ao menos para os ativistas do *copyright*) da vida antes da *Internet* torna-se um estado efetivo de anarquia após a *Internet*.<sup>26</sup>

Essa suposta estrutura perfeita da norma e o suposto desequilíbrio trazido pela *Internet* é o que, segundo Lessig, embasa as reivindicações daqueles que são a favor da ampliação da proteção do *copyright*. Porém, conforme podemos concluir com a argumentação trazida pelo professor, não é somente porque a inovação tecnológica trouxe um desequilíbrio para um sistema de negócios – que é o que efetivamente é o sistema de *copyright* norte-americano – que o governo deve interferir criando leis mais limitantes e rígidas para protegê-lo.<sup>27</sup>

Lawrence Lessig pontua que sua argumentação em nada tem a ver, a princípio, com se os questionamentos feitos por aqueles que defendem o sistema de *copyright* são justificáveis. Ele se propõe a refletir sobre os efeitos que o aumento da proteção pretendido por esse grupo terão no ambiente cultural americano – senão mundial. Para proceder a essa reflexão, o autor faz uma análise histórica do desenvolvimento da lei de *copyright* nos Estados Unidos, baseada na capacidade dos agentes envolvidos de fazer cópias delas sem dar o devido retorno àqueles que a produziram. O ponto é que, a partir da disseminação da *Internet*, os conceitos de cópia “*não deveriam ser sempre o gatilho da lei do copyright*.”<sup>28</sup>, sendo esse o argumento central do livro, conforme afirma Lessig.

Para que possamos entender seu argumento, o professor sintetiza:

Portanto, deixe-me ser bem específico para tornar esse ponto geral claro. Antes da *Internet*, se você comprava um livro e o lia dez vezes, não havia nenhum argumento plausível relacionado ao *copyright* que permitisse

---

25 *Idem*. p.108.

26 *Idem* p.111-112

27 “Em uma sociedade livre, com um mercado livre, apoiado pela livre iniciativa e pelo livre comércio, o papel do governo não é de proteger uma forma de negócio contra as demais, seu papel não é o de pegar vencedores e os proteger contra as perdas.” (*Idem*, p.115)

28 *Idem* p.125

que o dono controlasse esse uso do seu livro. A lei do *copyright* não iria lhe dizer nada sobre se você podia ler um livro apenas uma vez, dez vezes, ou todas as noites antes de você dormir. Nenhuma dessas instâncias de uso — leitura — podia ser restringida pela lei do *copyright* já que nenhuma delas produzia cópias. Mas o mesmo livro como um e-book é efetivamente governada por um conjunto diferente de regras. Agora, se o dono disser que você pode ler o livro apenas uma vez ou uma vez por mês, então a lei do *copyright* dará suporte ao detentor do *copyright* em exercitar esse grau de controle, por causa da característica acidental da lei do *copyright* de ter sua aplicabilidade disparada pela criação de uma cópia. Agora, se você leu o livro dez vezes e a licença disse que você pode ler apenas cinco vezes, então quando você ler o livro (ou qualquer parte dele) depois da quinta vez, você estará fazendo uma cópia que viola o desejo do detentor do *copyright*.<sup>29</sup>

Outra alteração gerada pela inovação tecnológica é que o controle das violações de *copyrights*, que antes era necessariamente feito pela lei – por meio de processos judiciais – agora, cada vez mais, tem sido feito por sistemas digitais. Sobre esse tema, Lessig destaca que

Os controles sobre o acesso ao conteúdo não serão controles ratificados pelas cortes; os controles sobre o acesso ao conteúdo serão controles codificados por programadores. E embora os controles que estão construídos na lei sejam sempre checados por um juiz, os controles que estão construídos na tecnologia não são checados.<sup>30</sup>

Essa é uma preocupação, segundo o autor, pois cada vez mais os sistemas que fazem esse tipo de controle estão evoluindo. Caso essa proteção continue sendo feita cada vez mais restritivamente pode-se ter uma ameaça à liberdade fundadora da *Internet*. Assim, Lessig ressalta que é necessária, sim, uma reformulação na lei de *copyright*, mas não para endurecê-la, manter a propriedade, mas sim flexibilizá-la para permitir o fomento da produção criativa.<sup>31</sup>

No epílogo de seu texto, Lawrence Lessig retorna às ideias trabalhadas no Capítulo 10 concluindo e tentando pensar em algumas soluções para essa necessária reformulação do sistema de *copyright*. Ele relembra que, no início do desenvolvimento desse sistema, o registro foi postergado para garantir que os autores não precisassem arcar com o ônus das formalidades. Porém, com a *Internet* está se tornando cada vez mais difícil descobrir a autoria de uma obra ao mesmo tempo que em tem-se exigido cada vez mais autorizações para os usos das obras, o que restringe de diversas formas a produção de cultura. Assim, o professor defende que “(d)everíamos exigir formalidades, mas deveríamos estabelecer um sistema que criasse os incentivos para reduzir os far-dos dessas formalidades.”<sup>32</sup>.

Lessig propõe primeiro que o registro seja facilitado, sendo feito online, ao invés de manter-se a necessidade do registro no Escritório de *Copyright*; como segunda mudança, ele propõe um sistema de marcações, que facilitaria, por exemplo, a identificação de obras protegidas, a duração de sua proteção, etc.; e finalmente, o autor propõe uma alteração drástica no tempo de proteção, sugerindo um tempo médio que leve em consideração quatro princípios (a) Mantenha curto; (b) Mantenha simples; (c) Mantenha

---

29 *Idem*. p.128.

30 *Idem* p.137.

31 “E essas mudanças maciças no poder efetivo da regulamentação do *copyright*, combinadas com a concentração crescente da indústria do conteúdo e caindo nas mãos da tecnologia que cada vez mais aumenta o controle sobre o uso da cultura, deveria-nos levar a considerar se precisamos de mais um ajuste. Não um ajuste que aumente sua duração. De fato, um ajuste que restaure o equilíbrio que era tradicionalmente definido na regulamentação do *copyright* — um enfraquecimento nessa regulamentação, para reforçar a criatividade.” (*Idem* p.152.)

32 *Idem* p.260.

vivo; e (d) Mantenha possível<sup>33</sup>.

Encerrando sua análise, Lessig trata do assunto que ele considera ter sido o que causou o crescimento tão grande da *Internet*: o compartilhamento de músicas. As redes que permitiram o compartilhamento de música

(...) permitem quatro tipos de usos de seus sistemas de compartilhamento: A – Os que usam as redes P2P como substitutos para a compra de conteúdo. B – Os que usam as redes de compartilhamento de arquivos para experimentarem música antes de comprar os CDs. C – Os que usam as redes de compartilhamento de arquivos para conseguirem materiais sob *copyright* que não são mais vendidos, mas ainda estão sob *copyright* ou que não podem ser comprados ou cujos custos da compra fora da Net seriam muito grandes. D – Os que usam as redes de compartilhamento de arquivos para terem acesso a conteúdos que não estão sob *copyright* ou cujo dono do *copyright* os disponibilizou gratuitamente. Qualquer mudança na lei precisa manter o foco sobre tais diferenças nos usos.<sup>34</sup>

O professor, então, sugere que a *Internet* como a conheciam na época em que ele escreveu seu livro e ainda hoje é uma tecnologia em transição, não tendo ainda alcançado seu ápice. Assim, “(n)ão deveríamos regulamentar uma tecnologia em transição, e sim procurar minimizar os danos aos interesses afetados pela mudança tecnológica, sem deixar de permitir e encorajar, o máximo de tecnologia eficiente que pudéssemos criar.”<sup>35 36</sup>

### 2.3. Jonathan Zittrain

Zittrain, no seu artigo “Future of the Internet”, tenta retratar, a partir da teoria da *Internet* Generativa, as questões de segurança na rede, propondo estratégias para estabilidade e privacidade nas redes.

Em primeiro lugar, o autor descreve como foi a construção da *Internet*, sendo criada não vislumbrando a sua popularização como se tem hoje, mas que exatamente pela forma como foi construída e desenvolvida, isso se tornou o fator principal para seu sucesso. Contudo, suas qualidades é que fazem hoje a *Internet* passar por uma contrarrevolução. Ao invés de se tornar um ambiente que encoraja inovação – conhecida como *Internet* Generativa -, ela está se tornando uma “Appliances network” e incorpora práticas que desfavorecem a inovação. Para ele, é importante considerar os estudos da finalidade da *Internet*, incluindo questões de regulação, pois quando se consome um produto (hardware e software), produzido e controlado por uma só empresa, pode-se, por exemplo, impedir o surgimento de novos competidores, o que afeta diretamente como a *Internet* será regulada, sendo sua liberdade algo considerado primordial na estrutura da *Internet*<sup>37</sup>.

Ele retrata o problema descrito como a “Batalha das Caixas” ou, em outras palavras, a estrutura hardware como dos PCs. O autor retrata o sucesso de adaptação do PC para diferentes serviços e finalidades além da acessibilidade e conectividade com a *Internet*. Isso o permitiu ser uma plataforma generativa pelo incentivo a contribuição por

---

33 *Idem*. p.263-264.

34 *Idem* p.267-268.

35 *Idem* p.273.

36 Ele sugere: “Podemos minimizar os prejuízos enquanto maximizamos os benefícios da inovação através de: A – garantias dos direitos do compartilhamento de tipo D; B – permissões para compartilhamento legalizado de material do tipo C não-comercialmente sem custos, e de compartilhamento legalizado de material do tipo C não-comercialmente sob uma taxa baixa fixada por lei; C – durante a transição, taxar e compensar os prejuízos comprovadamente causados pelo compartilhamento tipo A” (*Idem*, p.273.)

37 ZITTRAIN, Jonathan. **The future of the internet--and how to stop it**. *Op.cit.*, p. 8.



quem quisesse, mas o poder do mercado começa a regularizá-lo em busca de ganhos, criando uma batalha pela supremacia. Dessa forma, a *Internet* se tornou um ambiente colaborativo com objetivo de conectar pessoas em um mundo de informação generativa tecnológica, mas sua expansão leva a elementos indesejáveis que devam ser enfrentados. No caso de uma necessidade de intervenção, deve-se ter cuidado para não prejudicar exatamente aquilo que está tentando proteger<sup>38</sup>.

Todavia, o mais importante para o estudo específico deste artigo está na liberdade individual de produção e presença no mercado na esfera inovadora dessa contribuição mútua, que pode, por exemplo, empoderar os autores amadores nesses sistemas generativos e afetar diretamente indústrias de produção de informação, cultura e comunicação como Hollywood e gravadoras<sup>39</sup>.

Diante disso, poderia ser considerado necessário criar limites para liberdade onde seria preciso haver regulação, da mesma forma como um dia na história humana criou-se uma obrigação de respeito das regras de Direito e pela disciplina para controle de desejos e impulsos individuais para garantir certa segurança na sociedade<sup>40</sup>.

A *Internet* Generativa, sendo um novo ambiente na sociedade, requer uma reação diante das novas interações criadas pela conectividade entre as pessoas como quem paga pelo que, quem compartilha o que – exemplo de um indivíduo com uma câmera de celular podendo afetar a privacidade do outro ou compartilhando um concerto para o mundo inteiro, assim como um vírus pode estragar milhões de computadores<sup>41</sup>.

Por isso, o Padrão Generativo enfrenta o seguinte percurso circular: criação de uma ideia original; ela é ambiciosa, mas parcialmente implementada; adquire contribuição de todos os tipos; gera um sucesso além da expectativa; usuários começam a explorar o sistema com objetivos não desejáveis; e movimento de fechamento em busca da prevenção de problemas diante de sua popularidade. Esse movimento generativo gera um paradoxo com resultados não generativos, devido ao sucesso da *Internet* em criar interesse para além da experimentação<sup>42</sup>.

Dando um passo à frente, Zittrain analisa que a evolução dos computadores e *Internet* traz a atenção de vários nichos, o que poderia levar a uma intervenção regulatória mais firme que possa quebrar o equilíbrio existente nas sociedades mais liberais<sup>43</sup>. Para o autor, o próprio software molda o comportamento online e, até mesmo, de forma mais sutil e eficaz que o Direito, criando restrições pelo modo de sua operação<sup>44</sup>. Mas a presença do direito na *Internet* é ainda muito discutível, com questões mais pacíficas, como a necessidade de intervenção no caso de circulação de imagens com abuso de crianças, enquanto questões de direito autoral são por vezes defendidas para serem menos executadas sob o argumento do alto valor envolvido para aplicação das normas de *copyright* no ambiente online, por exemplo<sup>45</sup>.

The keys to maintaining a generative system are to ensure its internal security without resorting to lockdown, and to find ways to enable enough enforcement against its undesirable uses without requiring a system of

---

38 *Idem* p. 18

39 *Idem* p. 98

40 *Idem* p. 98

41 *Idem* p. 99

42 *Idem* p. 99

43 *Idem* p. 103

44 *Idem* p. 104

45 *Idem* p. 111

Assim, o autor ilustra as suas ideias com o conhecido site Wikipédia, desde seu surgimento, crescimento, até o sucesso. Nesse site de consumo comunitário, sua política de infração às normas de *copyright* busca integrar elementos de Direito ao invés de rejeitá-lo, colocando sua atividade sob responsabilidade de pequenos grupos para criação de cada artigo<sup>48</sup>. Contudo, a questão jurisdicional de infração de direitos de autor é feita de acordo com cada versão do idioma do Wikipédia, cada uma tendo sua própria política de execução e normas, embora existam linhas tênues entre o assunto e o regulador<sup>49</sup>.

A partir disso, Zittrain começa a explicitar estratégias para um futuro mais generativo, buscando a neutralidade de rede e privacidade, trazendo diversos casos de como esses princípios são aplicados (ou deveriam ser) no ambiente da *Internet*, tendo em vista as normas jurídicas. Para isso, ele compara dois dilemas que se enfrentam na nova era digital:

The puzzle of PC security is fundamentally the same as the puzzle of keeping Wikipedia honest and true—and perhaps giving birth to its version 2.0 successor – now that Wikipedia has entered the prime-time glare, attracting participants who are ignorant or scornful of its ideals. It is the puzzle of empowering people to share and trade stories, photos, and recommendations without losing their identities as they become not only the creators of distributed scrutiny and judgment, but also their subjects.<sup>50 51</sup>

Dessa forma, Zittrain conclui sobre a necessidade de repensar o papel da *Internet* no futuro, tendo em conta não somente aqueles que possuem já acesso e conhecimento do funcionamento, mas também os que possuem diferentes religiões, éticas e práticas cotidianas, principalmente comparado a países e locais em desenvolvimento no mundo.

Finalizando, o autor explica que a duração da atual estrutura da *Internet* que conhecemos hoje depende da atuação de seus usuários. Em suas palavras:

The deciding factor in whether our current infrastructure can endure will be the sum of the perceptions and actions of its users. There are roles for traditional state sovereigns, pan-state organizations, and formal multistakeholder regimes to play. They can help reinforce the conditions necessary for generative blossoming, and they can also step in—with all the confusion and difficulty that notoriously attends regulation of a generative space—when mere generosity of spirit among people of goodwill cannot resolve conflict. But such generosity of spirit is a society's powerful first line of moderation.

---

46 *Idem* p. 126

47 “As chaves para a manutenção de um sistema generativo são assegurar a sua segurança interna sem recorrer ao bloqueio e encontrar formas de permitir uma aplicação suficiente contra os seus usos indesejáveis sem exigir um sistema de execução perfeita”.

48 *Idem* p. 143

49 *Idem* p. 143/144

50 *Idem* p. 241

51 “O enigma da segurança do PC é fundamentalmente o mesmo e o enigma de manter a Wikipedia honesta e verdadeira - e talvez dar à luz o seu sucessor da versão 2.0 - agora que a Wikipedia entrou no brilho do horário nobre, atraindo participantes ignorantes ou desdenhosos em seus ideais. É o enigma de incentivar as pessoas a compartilharem e trocarem histórias, fotos e recomendações sem perder suas identidades, pois elas se tornam não só os criadores de investigação e julgamento distribuídos, mas também seus sujeitos”.

## 2.4. Mark Lemley

O professor Mark Lemley, em seu artigo *"IP in a World Without Scarcity"*,<sup>52</sup> introduz a ideia de que tudo em economia se baseia na ideia de escassez. Assim, quanto mais abundante um produto no mercado, mais barato ele se torna. Em seu texto, Lemley afirma que o exemplo mais óbvio dessa máxima é a *Internet*, que trouxe uma mudança brusca no sistema de produção e distribuição de conteúdo informacional, uma vez que reduziu seus custos a praticamente zero. Além disso, adiciona o autor que a mudança trazida pela *Internet* vai além, não tendo somente reduzido os custos de criação, produção e distribuição, como também a desagregação desses processos.

Como outros exemplos dessa mudança que está ocorrendo, o autor cita tecnologias como a de impressão 3D e da robótica, que prometem fazer com o acesso a bens físicos o que a *Internet* fez com o acesso à informação. Essas novas tecnologias, seguindo o raciocínio trazido pelo texto, nos fazem projetar um mundo futuro – não tão distante – em que a maioria das coisas consumidas pelas pessoas seja “baixada”, sendo necessário arcar somente com o custo da matéria prima, que é claramente mais baixo que de um produto manufaturado. Com esses exemplos o autor pontua que esse “novo mundo” o papel da Propriedade Intelectual (PI)<sup>53</sup> se mostra controverso e de extrema importância.

Lemley explica os direitos de Propriedade Intelectual da seguinte forma:

IP rights are designed to artificially replicate scarcity where it would not otherwise exist. In its simplest form, IP law takes public goods that would otherwise be available to all and artificially restricts their distribution. It makes ideas scarce because then we can bring them into the economy and charge for them, and economics knows how to deal with scarce things.<sup>54 55</sup>

Essa perspectiva é trazida pela visão clássica da Propriedade Intelectual, em que seria necessária a presença de proteção integral sobre os conteúdos para que assim os criadores, produtores e distribuidores pudessem receber por seus trabalhos. Assim, de acordo com essa máxima, “IP is designed to solve a public goods problem that arises because it is cheaper to be an imitator than an inventor. The greater the disparity between the cost of inventing or creating and the cost of imitating, the more need there is for IP to encourage people to be creators rather than imitators.”<sup>56 57</sup>.

Porém essa visão, segundo o apresentado pelo professor, é problemática, pois a existência desses direitos, em primeiro lugar, não está impedindo as pessoas de terem acesso ao conteúdo que elas desejam – mesmo com os inúmeros processos contra a pirataria-; segundo, porque “(...)even if we could use IP to rein in all this low-cost production and distribution of stuff, we may not want to. The rationale for IP has always been,

---

52 LEMLEY, Mark A.. **IP in a World Without Scarcity**. 2014. Disponível em: < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2413974](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2413974) >. Acesso em: 13 mar. 2016.

53 Intellectual Property ou IP em inglês.

54 LEMLEY, Mark A.. **IP in a World Without Scarcity**. 2014. p.02.

55 “Os direitos de PI são concebidos para reproduzir artificialmente a escassez onde esta não existiria de outra forma. Na sua forma mais simples, a lei de PI toma bens públicos que de outra forma estariam disponíveis para todos e restringe artificialmente a sua distribuição. Isso faz com que as ideias sejam escassas porque assim pode-se trazê-las para a economia e cobrar por elas, e a economia sabe como lidar com coisas escassas.”

56 LEMLEY, Mark A.. **IP in a World Without Scarcity**. 2014. p.25.

57 “PI é projetada para resolver um problema de bens públicos que surge porque é mais barato ser um imitador do que um inventor. Quanto maior a disparidade entre o custo de inventar ou criar e o custo de imitar, mais há necessidade de IP para incentivar as pessoas a ser criadores, em vez de imitadores”

not to raise prices and reduce consumption for its own sake, but to encourage people to create things when they otherwise wouldn't.”.<sup>58 59</sup> Lemley afirma que tem aumentado o número de evidências que provam não ser tão correta a ligação feita entre intensa proteção da Propriedade Intelectual e a crescimento da criação de conteúdo/produtos.

Quando da popularização da *Internet* e explosão de casos de pirataria, as indústrias de conteúdo norte-americanas, como relata o autor, se basearam na teoria básica de PI para tentar barrar a reprodução de músicas, filmes, etc, de maneira irregular na rede. Essas empresas fizeram *lobby* para que o Congresso norte-americano aprovasse normas e punições mais severas contra as violações de *copyright*, no intuito de que com essas medidas os casos de pirataria diminuíssem. Fato é que, ao contrário do que se pensou, a pirataria continuou e até aumentou após a aprovação de regras mais restritivas.

Da mesma forma, de acordo com a teoria clássica de PI, com o crescente número de infrações aos *copyrights* e não existindo nenhuma maneira efetiva de bloqueá-las, a consequência lógica seria o enfraquecimento drástico do incentivo à criação de novos conteúdos. Porém, conforme afirma Lemley:

Despite the prevalence of infringement and the teachings of IP theory, people are creating and distributing more content now than ever before, by at least an order of magnitude. Economic scholarship suggests that while recording industry revenues have declined substantially from their high in 1999, there are more songs being released than ever before, more new artists than ever before, and more purchases of music than ever before, and the songs released are of at least as high quality as before the Internet. The rise of sites like YouTube has led to an astonishing outpouring of videos from outside Hollywood, to such an extent that more than 100 hours of new content is uploaded to YouTube every minute; more content is added to YouTube every month than the major TV networks created in sixty years. At the same time, the movie industry is faring better than ever before in history, with revenues at an all-time high and more movies being released. People are buying more books than ever before, thanks in substantial part to Internet downloads. And while the price of those books has declined somewhat, writers are also publishing more books than ever before, including a surprising number of successful self-published books. And despite piracy, both the film and publishing industries reported higher profit margins in 2012 than they did a decade before.<sup>60 61</sup>

O autor acrescenta que o ponto mais surpreendente para aqueles defensores da aplicação da teoria clássica da PI à *Internet* foi, não só os fatos apresentados acima, mas principalmente a quantidade incrível de pessoas que passaram a criar com o intuito exclusivo de distribuir conteúdo de forma gratuita por meio da rede. Assim, Lemley apresenta seis razões básicas pelas quais a criação de conteúdos novo teve um aumento exponencial e porque isso não causou o desmoronamento das indústrias de conteúdo.

---

58 LEMLEY, Mark A.. IP in a World Without Scarcity. *Stanford Public Law Working Paper No. 2413974*. 2014. p.03.

59 “(...)mesmo se pudéssemos usar PI para controlar toda essa produção e distribuição de baixo custo de material, talvez não desejaríamos. O raciocínio para a PI sempre foi, não para aumentar os preços e reduzir o consumo por sua própria causa, mas para incentivar as pessoas a criar coisas quando eles de outra forma não criariam.”

60 LEMLEY, Mark A.. IP in a World Without Scarcity.*Op.cit.*, p.29-30.

61 Apesar da prevalência da violação e dos ensinamentos da teoria da PI, as pessoas estão criando e distribuindo mais conteúdo do que nunca, pelo menos em uma ordem de grandeza. Estudos econômicos sugerem que, embora a receita da indústria de gravação tenha diminuído substancialmente em relação à alta de 1999, há mais músicas sendo lançadas do que nunca, mais artistas novos do que nunca e mais compras de música do que nunca e as músicas lançadas são de tão alta qualidade quanto antes da Internet. A ascensão de sites como o *YouTube* levou a uma impressionante efusão de vídeos de fora de Hollywood, de tal forma que mais de 100 horas de novo conteúdo é carregado para o *YouTube* a cada minuto; mais conteúdo é adicionado ao *YouTube* todos os meses do que as principais redes de TV criado em sessenta anos. Ao mesmo tempo, a indústria cinematográfica está se saindo melhor do que nunca na história, com a receita tendo a maior alta de todos os tempos e mais filmes sendo lançados. As pessoas estão comprando mais livros do que nunca, graças, em parte substancial, aos downloads da Internet. E enquanto o preço desses livros diminuiu um pouco, os escritores também estão publicando mais livros do que nunca, incluindo um número surpreendente de livros bem-sucedidos auto-publicados. E apesar da pirataria, as indústrias de cinema e editoras registraram maiores margens de lucro em 2012 do que fizeram uma década antes.

A primeira delas é justamente a diminuição dos custos de reprodução e distribuição de conteúdo. Uma vez que a maior parte dos rendimentos da venda de um produto iam justamente para esses dois quesitos, com esses custos tendo sido reduzidos com o uso da *Internet*, os criadores podem cobrar um preço menos por suas obras e ainda assim receberem relativamente mais. Nesse raciocínio, não só os criadores se beneficiaram, mas também as indústrias de conteúdo, como as de música, que passaram a disponibilizar o mesmo produto que vendiam off-line – com os custos de reprodução e distribuição – de forma online mantendo os mesmos preços, assim, mesmo com menos vendas esses mantêm seus rendimentos.

O segundo ponto trazido pelo autor é que “fewer sales” does not mean “no sales.”<sup>62 63</sup> Isso significa que, ainda que as vendas das grandes indústrias de conteúdo tenham diminuído, com a *Internet* estas ainda têm clientes que pagam por serviços/conteúdos que gostam mesmo que eles não tenham que obrigatoriamente pagar por eles. Para fundamentar sua afirmação, Lemley traz que “people made more music purchases in 2010 than they ever did before the Internet, whether because it is more convenient, because it is legal, or because people actually like supporting musicians they like.”<sup>64 65</sup>

Como terceiro fator, o professor aponta que da mesma forma que a *Internet* reduziu os custos de reprodução e distribuição, ela também reduziu os custos de produção de conteúdo. Isso significa que, da mesma forma como as empresas não gastam tanto mais com a reprodução de um CD e sua disponibilização em lojas físicas, tornando o processo bem mais simples uma vez que basta somente disponibilizar o conteúdo em uma plataforma online, os produtores também não precisam mais gastar com enormes custos de infraestrutura para criarem produtos de extrema qualidade. Com a *Internet* e alguns aparatos tecnológicos não se tem mais a necessidade da mobilização de todo um estúdio para a gravação de uma música, por exemplo. Assim, Lemley acrescenta: “If the cost of creation drops alongside the cost of distribution, IP theory should worry less about the latter.”<sup>66 67</sup>

A quarta razão apresentada pelo autor é que

the combination of reduction in the cost of creation and reduction in the cost of reproduction and distribution has opened the doors to numerous new creators who could not find an audience in the pre-Internet world, either because creation was too costly or because they were not identified by the content-distributing intermediaries like record companies, publishing houses, or movie studios.<sup>68 69</sup>

Esse ponto leva ao quinto elemento trazido por Lemley que afirma que a abertura do mercado para novos criadores por meio da redução de custos de produção, reprodução e distribuição não só nos possibilitou ter acesso a novos trabalhos como levou também ao encorajamento da produção criativa de outros. Isso significa que se

---

62 LEMLEY, Mark A.. IP in a World Without Scarcity. *Op.cit.*, p.32.

63 “Menos vendas “não significa” sem vendas”.

64 *Ibidem.*

65 “as pessoas fizeram mais compras de música em 2010 do que nunca fizeram antes da Internet, seja porque é mais conveniente, porque é legal, ou porque as pessoas realmente gostam de apoiar os músicos que gostam.”

66 *Idem.*, p.34.

67 “Se o custo da criação cai ao lado do custo da distribuição, a teoria da PI deve se preocupar menos com o último.”

68 *Idem.*, p.34.

69 “A combinação de redução no custo de criação e redução no custo de reprodução e distribuição abriram as portas a numerosos novos criadores que não conseguiram encontrar uma audiência no mundo pré-Internet, seja porque a criação era muito cara ou porque eles não eram identificados pelos intermediários de distribuição de conteúdo, como as gravadoras, as editoras ou os estúdios de cinema”.



criou uma corrente positiva de incentivo à produção, em que aqueles que entraram no mercado por si próprios incentivam terceiros que antes não viam oportunidades tão facilmente. Tal corrente acontece tanto no mercado da música, quanto no da literatura, quanto no mercado de filmes independentes, como exemplos.

Encerrando os motivos pelos quais as expectativas dos estudiosos da teoria clássica da Propriedade Intelectual não se concretizaram, o professor afirma simplesmente que

(...) it may simply be that IP theory is wrong about what motivates people to create. There is substantial evidence in the innovation and psychology literatures that motivation to create is largely internal and/or problem driven. People create because they have an inspiration, because they are driven to do so, or because they want to solve a problem. They seem to be motivated more by rights of attribution and recognition than by money.<sup>70 71</sup>

O autor acrescenta ainda que existem evidências que incentivos monetários podem reduzir a criatividade, uma vez que um trabalho feito sob demanda são menos criativos e geram menos motivação naqueles que os fazem. E mais, Lemley afirma que mesmo aqueles que afirmam que o intuito dos direitos de PI não são incentivar a criatividade, mas incentivar o comércio, a reprodução e distribuição de conteúdo, no contexto da *Internet* têm seus argumentos minados, visto que esses custos foram reduzidos à praticamente zero em nossa nova realidade.

Ainda assim, o professor pontua em seu texto que

There is still a role for IP on the Internet. There are some works that are so costly to create even in the digital world that they are unlikely to be made without effective IP protection. Big-budget movies and video games cost hundreds of millions of dollars to make. No amount of creative fire will drive someone who doesn't have hundreds of millions of dollars to make Peter Jackson's Lord of the Rings trilogy. They need corporate backing, and the corporate backers need a revenue stream. But in the Internet era those works are increasingly the exception, not the rule. And the law therefore needs to figure out ways to protect those exceptional works without blocking the creativity that is happening despite, not because of, IP.<sup>72 73</sup>

Além das produções que são protegidas por *copyright* trazidas por Lemley, ele faz um comparativo com a abordagem que poderá ser dada à proteção das outras tecnologias citadas por ele em seu texto. O autor destaca que:

Copyright law fairly early on built in a limited immunity for intermediaries that allowed the development of distribution technologies like YouTube. But the IP laws that will apply to 3D printers, synthetic biology, and robotics are not just copyright but also patent and design patent law. And those laws have characteristics that are much less hospitable to intermediaries. Patent and design patent law do not require copying; independent creation of the same technology is an act of infringement. There is as yet no immunity for intermediaries from patent or design patent infringement. And design patents at least have a draconian damages

---

70 *Idem.*, p.36.

71 “(...) pode ser simplesmente que a teoria da PI está errada sobre o que motiva as pessoas a criar. Há evidências substanciais nas literaturas de inovação e psicologia de que a motivação para criar é em grande parte interna e/ou impulsionada por problemas. As pessoas criam porque têm uma inspiração, porque são motivadas a fazê-lo, ou porque querem resolver um problema. Parecem estar mais motivados pelos direitos de atribuição e reconhecimento do que pelo dinheiro.”

72 *Idem.* p.40.

73 “Há ainda um papel para a PI na Internet. Existem algumas obras que são tão dispendiosas para criar, mesmo no mundo digital, que é improvável que sejam feitas sem a proteção efetiva da PI. Filmes de grande orçamento e jogos de videogame custam centenas de milhões de dólares para serem feitos. Nenhum fogo criativo levará alguém que não tenha centenas de milhões de dólares a fazer a trilogia do Senhor dos Anéis de Peter Jackson. Eles precisam de apoio corporativo, e os patrocinadores corporativos precisam de um fluxo de receita. Mas na era da Internet essas obras são cada vez mais a exceção, não a regra. E a lei, portanto, precisa descobrir maneiras de proteger essas obras excepcionais, sem bloquear a criatividade que está acontecendo, apesar, não por causa da PI.”

regime that imposes a disproportionate burden on those found to infringe. On the other hand, copyright law is more easily adapted to information; depending on the way the claims are written, owners of utility or design patents might have to sue the actual maker of a thing rather than just the intermediary who provides a blueprint.<sup>74 75</sup>

Após as reflexões expostas acima, Lemley questiona qual seria o papel da Propriedade Intelectual em um mundo onde a escassez não é mais uma realidade. Ele afirma que, durante a história, a proteção dada pelos direitos de PI foi vista como um meio de manter os incentivos à criação, e esta abordagem se mostrou bem aceita durante muito tempo. Porém, com a nova realidade trazida pelo desenvolvimento tecnológico, essa definição já não mais satisfaz. O professor afirma que “IP laws should be reformed to give more breathing room to new technologies, even if those technologies can be misused for infringement.”<sup>76 77</sup>.

O autor pontua que, durante todo o tempo, os direitos Propriedade Intelectual conviveram com realidades que não eram, nem poderiam ser, abarcadas por eles; subsistiram em ambientes em que aqueles que teriam que ser protegidos por eles optaram por relativizá-los; a *Internet* é agora só mais um destes ambientes que tem feito esses direitos serem questionados. Isso não significa, seguindo o raciocínio trazido por Lemley, que os direitos de Propriedade Intelectual vão desaparecer, eles vão simplesmente se adaptar às características dos produtores que buscam proteger. No texto, temos o exemplo da indústria farmacêutica, que, apesar de todo o desenvolvimento tecnológico, ainda precisa de forte proteção de PI.

Assim ele conclui que os problemas enfrentados com o advento e propagação da *Internet* são apenas o prenúncio daquilo que está por vir com o desenvolvimento de tecnologias como as impressoras 3D, a robótica e a Biosintética. Essas tecnologias, segundo Lemley, serão um desafio ainda maior que afetará de forma profunda a base da noção de Propriedade Intelectual e também as bases da economia como um todo. Porém, as lições aprendidas com a *Internet* são encorajadoras, visto que se conclui que as pessoas irão criar, mesmo sem uma efetiva proteção dos direitos de PI e que essas lições terão impacto quando se tratando não só de *copyright*, como também das patentes e patentes de design, remodelando assim a economia “in the shape of the Internet.”<sup>78 79</sup>

---

74 *Idem*, p.45.

75 “O *copyright* bastante construiu cedo uma imunidade limitada para intermediários que permitiram o desenvolvimento de tecnologias de distribuição como o YouTube. Mas as leis de PI que se aplicam às impressoras 3D, à biologia sintética e à robótica não são apenas de *copyright*, mas também patente e design. E essas leis têm características que são muito menos hospitaleiras para os intermediários. A lei de patente e a lei de patente de design não requer cópia; a simples criação independente da mesma tecnologia é um ato de infração. Ainda não existe qualquer imunidade para os intermediários que infringem patentes ou patentes de design. E as patentes de design têm, pelo menos, um regime de danos draconianos que impõe uma carga desproporcional sobre aqueles que as infringem. Por outro lado, o *copyright* é mais facilmente adaptado à informação; dependendo da forma como as reivindicações são escritas, os proprietários de utilidade ou patentes de design podem ter que processar o fabricante real de uma coisa, em vez de apenas o intermediário que fornece um modelo.”

76 *Idem*, p.54.

77 “As leis de PI devem ser reformadas para dar mais espaço para as novas tecnologias, mesmo que essas tecnologias possam ser utilizadas indevidamente por infração”.

78 *Idem*, p.60.

79 “Na forma da Internet.”

### 3. CONCLUSÃO

Pode-se observar, assim, que a *Internet* e sua arquitetura online propiciaram uma projeção dos conteúdos e riquezas de todos os tipos para muito além do que as normas jurídicas já haviam concretizado e conseguiam proteger. Hoje em dia, a atmosfera digital abrange infinitas participações e compartilhamentos de dados que podem constantemente infringir as normas existentes sobre direito autoral no Brasil e no mundo.

Contudo, essa suposta infração de *copyright* não é mais vista da mesma forma como era retratada no século passado. Antigamente, a garantia do reconhecimento da propriedade e direitos sobre a obra era algo visto como algo completamente necessário para proteção dos criadores. Com o advento das novas tecnologias, contudo, novos tipos de criação baseadas em obras já feitas (paródia, por exemplo), a superação da necessidade da escassez e a possibilidade de dar maior poder de escolha de proteção da obra pelo criador colocaram todas as certezas passadas em xeque.

Um dos maiores casos que comprovam o fracasso do antigo modelo de *copyright* é o sucesso do Silicon Valley. Esse local criou um ecossistema único de criação que, ao interagir com a *Internet* e os direitos autorais, proporcionou debates intensos sobre a aplicação e eficácia desses direitos no atual mundo plural e multiconectado.

Por isso, indo para além das discussões históricas e empresariais da *Internet*, os usuários e artistas detêm um dos papéis mais importantes e relevantes nessa nova dinâmica: participação. É a partir dessa constante com a conexão entre as ideias dos autores aqui retratados (Chander, Lessig, Zittrain e Lemley), com o intuito de permitir maior liberdade e criatividade aos criadores, é que promove maior acesso e cultura a todos ao redor do mundo, de forma a garantir que a mudança gere cada vez frutos melhores para a sociedade, protegendo os autores sem restringir ou discriminar o acesso aos diferentes e relevantes conteúdos da *Internet*.

### 4. REFERÊNCIAS

#### Livros:

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre**. 2004. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016

ZITTRAIN, Jonathan. **The future of the internet--and how to stop it**. New Haven & London: Yale University Press, 2008. Disponível em: <[https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4455262/Zittrain\\_Future%20of%20the%20Internet.pdf?sequence=1](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4455262/Zittrain_Future%20of%20the%20Internet.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 16 out. 2016

#### Artigos de revista:

CHANDER, Anupam. How Law Made Silicon Valley. **Emory Law Journal**, Califórnia, v. 63, n. 639, p.640-694, 2014. Disponível em: <[http://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/63/3/articles/chander.pdf](http://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/63/3/articles/chander.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

LEMLEY, Mark A.. IP in a World Without Scarcity. **Stanford Public Law Working Paper No. 2413974**. 2014. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2413974](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2413974)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

## Matérias disponíveis online:

ECONOMIST (Ed.). **Silicon Valley's fortunes: What a Performance.** 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2015/07/silicon-valleys-fortunes?fs-rc=scn/tw/te/bl/ed/WhatAPerformance>>. Acesso em: 20 set. 2016.

FORBES (Ed.) **The Real Secret Behind Silicon Valley's Success.** 2011. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/singularity/2012/07/11/the-real-secret-behind-silicon-valleys-success/>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

HARVARD BUSINESS REVIEW (Ed.). **What Makes Some Silicon Valley Companies so Successful.** 2016. Disponível em: <<https://hbr.org/2016/04/what-makes-some-silicon-valley-companies-so-successful>>. Acesso em: 07 dez. 2016.



# IMPLICAÇÕES LEGAIS DE PARÓDIAS E RE-GRAVAÇÕES EM SÍTIOS VIRTUAIS QUE PERMITEM “USER-GENERATED CONTENT”

João Henrique Rocha Bonillo<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O que antes era inimaginável, hoje já é parte de nosso cotidiano. Atualmente, qualquer pessoa pode gravar uma música, seja ou não de sua autoria, e inseri-la na rede mundial de computadores em determinados sítios virtuais que permitem que o usuário faça *upload* de conteúdo feito por ele mesmo, o chamado “*user-generated content*”. Possivelmente o mais conhecido de todos esses *sites* seja o *Youtube*<sup>2</sup> que, segundo estatísticas fornecidas pela própria plataforma, possui mais de um bilhão de usuários<sup>3</sup>.

Nessa toada, o criador do conteúdo é chamado de provedor de informação<sup>4</sup> e o *site* que o permite colocar o conteúdo, como por exemplo o *Youtube* ou o *Soundcloud*, são chamados de provedor de conteúdo. Nas palavras de Marcel Leonardi,

Provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem<sup>5</sup>.

Os provedores de conteúdo costumam exercer controle prévio em relação ao conteúdo que lhes são submetidos. Os provedores que praticam essa conduta são responsáveis em relação à publicação de conteúdo enviado por usuários<sup>6</sup>. No que tange ao âmbito do direito autoral, tal prática visa assegurar que um usuário não os viole por meio de um *upload* de uma obra que não seja de sua própria autoria, por exemplo. Tal ato seria uma publicação irregular nos moldes do art. 5º, I da Lei 9.610/1998, visto que o sítio virtual, no caso, atuaria como uma forma ou processo de publicação sem a devida autorização do autor da obra. Há de se lembrar de que, apesar dos inúmeros avanços tecnológicos, a internet em si não alterou o aspecto jurídico dos direitos autorais.

Porém, há casos mais complexos. Por exemplo: e se o usuário introduz no *site* uma paródia de sua autoria, mas que se utiliza dos arranjos de uma música famosa? Ou e se o usuário grava de maneira amadora em seu quarto uma música do seu cantor favorito? Tais questões serão devidamente tratadas a seguir.

1 Estudante de graduação na Universidade Federal de Minas Gerais. Contato: jhrbonillo@yahoo.com.br

2 O Facebook possui também mais de um bilhão de usuários, mas devido ao seu foco não será usado como referência neste trabalho. Disponível em <<http://www.techtudo.com.br/listas/noticia/2015/04/facebook-revela-total-de-usuarios-de-whatsapp-instagram-videos-e-mais.html>>. Acesso em 02/11/16.

3 YOUTUBE. **Estatísticas**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/yt/press/pt-BR/statistics.html>>. Acesso em 13/10/16.

4 LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. Página 30.

5 *Ibidem*.

6 *Idem*, p.180.



## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1. Breve panorama acerca dos direitos autorais

Os direitos autorais são considerados como benéficos tanto à sociedade quanto ao autor. Ao dar prerrogativas (limitadas, por sinal) ao autor de uma obra, a lei garante que “o direito de explorar economicamente sua criação intelectual atende não só o interesse privado, como também ao interesse público de promoção do desenvolvimento cultural”<sup>7</sup>. Tal garantia está prevista no artigo 5º, XXVII da Constituição de 1988.

Quanto à natureza jurídica dos direitos autorais, há certa divergência doutrinária a respeito de estes serem direitos de personalidade ou de cunho patrimonial. A primeira é inspirada por autores como Immanuel Kant e Otto Von Gierke, segundo o qual “o direito de autor como inseparável da atividade criadora do homem, constituindo, tanto as faculdades pessoais como as patrimoniais, uma emanção da personalidade”<sup>8</sup>. A corrente doutrinária contraposta destaca o direito de autor como tendo uma faceta de direito patrimonial, visto que garante aos titulares do direito autoral o exercício dos atributos de personalidade, relacionados ao uso, gozo e disposição<sup>9</sup>. No entanto, a teoria mais condizente com o ordenamento jurídico brasileiro é a teoria dualista, definida pelas palavras de Silmara Chinellato: “a hibridez do direito de autor composto por direitos morais – direitos de personalidade – e direitos patrimoniais”<sup>10</sup>. Para essa mesma autora, o fato de ser um bem incorpóreo e com limitação temporal, além da vinculação do direito moral do autor, afastaria a concepção unicamente patrimonial dos direitos de autor.

Assim sendo, pode-se entender que o direito autoral somente é protegido assim que a ideia é posta em uma criação concreta, reforçando o argumento do caráter não unicamente personalístico desse direito. A ideia em si, sem ser concretizada em algum meio tangível, não é abarcada pelo direito autoral.

Outra diferenciação no âmbito teórico que deve ser feita em relação ao direito do autor é a sua divisão em direito moral e direito patrimonial. Conforme definido por Manuella Santos, sob a inspiração do pensamento de Maria Helena Diniz, “o direito moral do autor é uma prerrogativa de caráter pessoal, é um direito personalístico”<sup>11</sup>. Tais direitos morais estão previstos no artigo 24 da Lei 9.610/1998. Os direitos patrimoniais do autor também estão dispostos nesse regulamento, no artigo 28: “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Aqui, portanto, é percebida uma bivalência dos direitos autorais, conforme palavras de Melina Galante: “Não se nega a bivalência dos direitos intelectuais do autor, ao passo que dá legitimidade, a partir do ato de criar, aos direitos morais, e ao quantificar pecuniariamente o ato, os direitos patrimoniais”<sup>12</sup>. O autor espanhol Eugenio Ull Pont também entende o direito autoral como tendo uma dupla face (pg. 58):

---

7 SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital – impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 88

8 Idem, p. 76.

9 MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 29.

10 CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Direitos de Autor e Direitos de Personalidade: Reflexões à luz do Código Civil**. 2008. Tese para Professor Titular – Universidade de São Paulo, Brasil. p. 86.

11 SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital**. *Op.cit.* p.88.

12 GALANTE, Melina Duarte Leal. Perspectivas contemporâneas dos direitos autorais: uma saída para os conflitos (inter)nacionais. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas. Volume 2, p. 69. 2014. Disponível em <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes>> Acesso em 29/11/16

Por tanto, la propiedad intelectual o derechos de autor corresponde em lo patrimonial a quines tienen la legítima titularidad, por ser sus autores o haber obtenido legítimamente la transmisión de tales derechos.

Igualmente, los derechos morales del autor, que son imprescritibles, no se desnaturalizan porque cambie el soporte o medio de comunicación. Los derechos morales son la garantía de que no se deformará, modificará o adulterará el contenido y esencia del trabajo intelectual, si no por el propio autor o con su consentimiento<sup>13</sup>.

Também se faz mister salientar a definição de autor, conceituada no artigo 11 da Lei 9610/1998, “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Ademais, há na doutrina, principalmente na estrangeira, elucubrações que extrapolam a sucinta conceituação de “autor” feita pelo legislador brasileiro. Para Jane Ginsbury, por exemplo, “an author is (or should be) a human creator who, notwithstanding the constraints of her task, succeeds in exercising minimal personal autonomy in her fashioning of the work”<sup>14</sup>. Porém, a questão de quem é o sujeito dos direitos autorais é mais complexa e sua resposta não deve ser resumida simplesmente ao autor da obra, visto que há a previsão legal de diversas formas de transferências desses direitos, tais como a cessão ou o licenciamento. Portanto, retomando tais definições de “autor”, legais e doutrinárias, e conjugando-as com o dito por Eugenio Ull Pont, a definição mais apropriada de sujeito dos direitos autorais não engloba somente o autor da obra, mas também ao detentor dos direitos patrimoniais da obra, independentemente da maneira como foram adquiridos, e os demais titulares de direitos conexos aos direitos do autor, visto que para todos estes serão aplicadas as normas relativas.

Nesse contexto, também é válido dizer que não é toda criação que é passível de proteção por meio dos direitos autorais. Segundo Matt Kellogg,

To warrant copyright protection, a work must satisfy at least three basic criteria: it must be original; it must be fixed in a tangible medium of expression; and the elements for which the author seeks protection must constitute expression.<sup>15</sup>

Outrossim, faz-se necessário mencionar que não há qualquer conexão entre a ideia de “autor” e a capacidade legal. Não há nada que impeça um menor de idade de ser considerado autor de uma obra e gozar das prerrogativas previstas em lei.

## 2.2. PARÓDIAS

As obras musicais são passíveis de proteção legal, conforme previsto no art 7º, V da Lei 9.610/1998. Sendo assim, a proteção a uma obra musical é absoluta? Paródias de uma música protegida estariam ferindo o direito autoral? A resposta dessa pergunta se

---

13 PONT, Eugenio Ull. La Propiedad Intelectual y La Informática. **Propiedad Intelectual & Internet**. 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2002. Páginas 58-59. Em tradução livre do autor “Portanto, a propriedade intelectual ou os direitos autorais correspondem no âmbito patrimonial a quem detém a legítima titularidade, por ser seu autor ou por ter obtido legítimamente a transmissão de tais direitos. Igualmente, os direitos morais do autor, que são imprescritíveis, não se desnaturalizam porque o suporte ou meio de comunicação se alterou. Os direitos orais são a garantia de que o conteúdo e a essência do trabalho intelectual não sejam deformados, modificados ou adulterados, senão pelo próprio autor ou por meio de seu consentimento”.

14 GINSBURY, Jane. The Concept of authorship in comparative copyright law. **DePaul Law Review**. Chicago, Volume 52, Página 1064.2003. Em tradução livre do autor: “um autor é (ou deveria ser) um ser humano criador que, apesar das dificuldades da sua tarefa, sucede em exercer uma autonomia pessoal mínima na sua maneira de criar a obra”.

15 KELLOGG, Matt. The Problem of functional facts: Idea, expression, and copyright’s balance between author incentive and public interest. **Journal of the Copyright Society of the U.S.A.** Nova Iorque. Volume 58, 2011, p.560. Em tradução livre do autor “Para garantir proteção de copyright, um trabalho deve satisfazer pelo menos três critérios básicos: ele precisa ser original, ele precisa ser fixado em meio tangível de expressão, e os elementos dos quais o autor busca proteção necessitam constituir uma expressão”

encontra nesse mesmo dispositivo legal, em seu artigo 47, afirmando que “São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”.

O direito de autor não é uma prerrogativa absoluta do criador da obra legalmente protegida, havendo na própria lei dispositivos que incidem sobre o direito autoral de maneira a limitá-lo. No direito brasileiro, inspirado pelo *droit d'auteur*, de origem francesa, as hipóteses limitadoras estão previstas de maneira taxativa, sendo compreendidos entre os artigos 46 e 48 da Lei 9.610/1998. Porém, em julgado de 2011, o STJ entendeu que as hipóteses limitadoras dispostas em tais artigos eram de natureza exemplificativa<sup>16</sup>.

Reiterando o que foi dito anteriormente, a permissão ao uso de paródias é uma forma de limitação da abrangência dos direitos autorais. Porém, por causa do rol de limitações previsto de maneira taxativa na legislação, sendo essa do ano de 1998, uma época em que a internet ainda se fazia pouco presente no cotidiano do cidadão brasileiro, as limitações e as exceções às prerrogativas autorais ficam de certa maneira “engessadas” em face à nova realidade que a tecnologia de maneira geral trouxe. Segundo Eduardo Magrani, “a era da tecnologia digital é muito mais complexa, e exige limitações adicionais”<sup>17</sup>. Por conseguinte, a Lei de Direitos Autorais brasileira está dissonante aos avanços tecnológicos e, principalmente, da internet. Não somente a paródia, mas outras obras derivadas como o remix e o mashup não encontram o adequado escopo sob a atual lei. Conforme dito por Eduardo Magrani:

À semelhança dos dispositivos tratados acima, as limitações relativas a obras derivadas são também insuficientes para o ambiente digital, deixando pouco espaço para as novas modalidades de produção cultural, mesmo quando são inteiramente não comerciais. Com o advento das culturas do remix, Web 2.0, mashups e produção de peers em geral, a importância de limitações relativas a obras derivadas deve ser uma prioridade, sendo a revisão legislativa que se espera da LDA uma boa oportunidade para se adequar a lei às justas demandas da sociedade.<sup>18</sup>

As paródias também são um tipo de obra derivada (art 5º, VII, g da Lei 9.610). Tal assertiva não é peculiaridade do direito nacional, conforme visto na afirmação de Robert P. Latham, Jeremy T. Brown e Carl C. Butzer:

A derivative work is a work that is based on or derived from one or more preexisting works. Copyright protection covers derivative works if those works include “an original work of authorship.” Some examples include: translations, musical arrangements, and/or dramatizations.<sup>19</sup>

No que tange à teorização acerca do porquê da permissão legal da criação de paródias, também podemos afirmar que esse consentimento é consonante à doutrina

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa do REsp 964404/ES**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado no DJe de 23/05/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1107462>>. Acesso em 02/11/16.

17 MAGRANI, Eduardo. A Problemática das Exceções e imitações na Atual Lei de Direitos Autorais e a Inaplicabilidade do Fair Use ao Contexto Brasileiro. **Direito Privado em perspectiva: Teoria, dogmática e economia**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 72.

18 *Ibidem*.

19 LATHAM, Robert P.; BROWN, Jeremy T.; BUTZER, Carl C. Legal Implications of User Generated Content: YouTube, MySpace, Facebook. **Intellectual Property & Technology Law Journal**. Volume 20. Número 5, Maio de 2008, p.6. Em tradução livre do autor: como “Uma obra derivada é uma obra que é baseada ou derivada de um ou mais obras pré-existentes. Proteção de copyright cobre obras derivadas se nestas obras está incluso um “trabalho original de autoria”. Alguns exemplos incluem: traduções, arranjos musicais, e/ou dramatizações”

norte-americana do *Fair Use*<sup>20</sup>. Conforme Manuella Santos afirma, essa teoria serve para que se diferencie “o uso justo, legítimo ou adequado do uso injusto ou inadequado, que configura violação ao direito autoral”<sup>21</sup>. Para que se utilize dessa teoria, é necessário que o uso de uma determinada obra protegida atenda a quatro critérios: a) O propósito e as características do uso; b) A natureza da obra protegida; c) A quantidade e a substância da porção utilizada em relação à obra protegida como um todo; d) O efeito do uso em relação a um mercado potencial e o valor da obra protegida<sup>22</sup>.

A paródia é, portanto, uma nova criação, porém derivada de uma (ou mais) obras. Ela mantém a estrutura da obra original, porém promove alterações que geram uma significação diferente em relação à obra da qual a paródia se originou. Nas palavras de Anna Vintersvärd, “Strictly speaking parodies and travesties are changed copies of a work. Nonetheless, they are considered to be works of their own”<sup>23</sup>, que, em tradução livre, significaria algo próximo de “Paródias em sentido estrito e caricaturas são cópias alteradas de um trabalho. No entanto, elas são consideradas como sendo obras por elas mesmas”.

Outra pontuação válida a se fazer é a diferenciação entre os conceitos de “paródia” e de “sátira”. Segundo a Suprema Corte dos Estados Unidos, ambos são conceitos diferentes. As sátiras, por exemplo, não possuem um comportamento crítico em relação à substância ou ao estilo da composição original<sup>24</sup>, ao contrário das paródias. Ainda segundo o entendimento da Suprema Corte norte-americana, “as sátiras poderiam ficar sobre seus dois pés e por isso requer justificção para o ato de pegar emprestado”<sup>25</sup>, sendo que elas são feitas para satirizar outra coisa que não seja a obra original, conforme proferido por Allen Jung: “Because satires are thus made to comment on something other than the original work”<sup>26</sup>.

## 2.3 REGRAVAÇÕES

As gravações de uma determinada obra original nada mais são que os conhecidos *covers*. O *cover* pode ser conceituado como sendo uma performance ou gravação cronologicamente posterior à obra original, ou seja, é uma espécie de obra derivada. Kurt Mosser os classifica em quatro categorias diferentes<sup>27</sup>, além da classificação em paródia: a) Reduplicações; b) Interpretativos em menor grau; c) Interpretativos em maior grau; d) Irônicos.

Os primeiros são aqueles que compreendem uma cópia exata da canção, da performance ou da gravação e são invariavelmente apresentações ao vivo<sup>28</sup>. Os *covers* interpretativos podem ser subdivididos em de maior ou de menor grau. Este é aquele

---

20 Será discutida em um subcapítulo próprio a possibilidade de aplicação dessa doutrina ao direito brasileiro.

21 SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital** *Op.cit.*, p.134.

22 JUNG, Allen. User-Generated Parody Videos on YouTube: Do They Have a Successful Fair Use Defense under Copyright Law?. **Law School Student Scholarship**. , South Orange - Estados Unidos, 2014. Paper 131. Disponível em: <[http://scholarship.shu.edu/student\\_scholarship/131](http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/131)>. Acesso em: 24/07/16.

23 VINTERSVÄRD, Anna. **Copyright In Social Media: A preparatory study in aess to Youtube protected clips**.2011. 35 páginas. Bacharelado em Direito Comercial e Tributário – Jonköping University, Suécia, p. 21.

24 JUNG, Allen. User-Generated Parody Videos on YouTube: Do They Have a Successful Fair Use Defense under Copyright Law?. **Law School Student Scholarship**. , South Orange - Estados Unidos, 2014. Paper 131. Página 16. Disponível em [http://scholarship.shu.edu/student\\_scholarship/131](http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/131). Acesso em: 24/07/16.

25 ESTADOS UNIDOS. **Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.**, 510 U.S. 569. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/meta-school/fisher/integrity/Links/Cases/campbell.html>>. Acesso em 10/11/16.

26 JUNG, Allen. User-Generated Parody Videos on YouTube: *Op.cit.* p. 16.

27 MOSSER, Kurt. **Cover Songs: Ambiguity, Multivalence, Polysemy**. Dayton – Estados Unidos, 2008. p. 3.

28 *Ibidem*.

*cover* no qual são mantidos o tempo, a melodia, o instrumental de maneira geral e as letras da canção que foi utilizada como obra original, enquanto os interpretativos de maior grau correspondem àquelas regravações na qual são reinterpretadas as características que são mantidas inalteradas nos *covers* interpretativos em menor grau, ou seja, todas as supracitadas. Porém, aqui Mosser faz a crítica a respeito do quão vago é o limiar que vai definir se um *cover* é interpretativo em maior ou menor grau<sup>29</sup>. Por fim, há o chamado *cover* irônico (ou *send-up cover*). Estes, assim como as paródias, promovem uma ressignificação da obra original, porém, ao contrário daquelas, o *cover* irônico não promove mudanças substanciais a ponto de deixar de ser uma regravação da música que lhe serviu de base.

Em sites como os já citados *Youtube* e *Soundcloud*, encontram-se uma infinidade deles. Porém, tal prática é acobertada pelos direitos autorais? Se um jovem, fã de um determinado cantor, grava uma música deste e faz upload no em algum provedor de conteúdo na internet, estaria violando os direitos autorais da referida música. Segundo o artigo 33 da Lei 9.610/1998, para que o jovem publique sua reprodução, seria necessária a autorização do detentor dos direitos autorais da música a ser reproduzida.

Porém, e se o jovem tivesse a devida autorização? Com isso, sua reprodução não estaria violando direitos autorais desde que colocasse os dados do fonograma anexados a sua reprodução, conforme artigo 80 da Lei 9.610/1998. Além disso, a autorização do autor da obra original garantiria ao intérprete todos os direitos previstos nos artigos 90 e 92 da referida lei, ademais do direito de utilização econômica da sua reprodução, com previsão legal no artigo 81 da mesma norma legal.

## 2.4 FAIR USE: POSSÍVEL APLICAÇÃO?

A chamada doutrina do *Fair Use* (em português, “uso justo”) nasceu no direito norte-americano e busca ser uma ferramenta capaz de equilibrar o direito do autor à obra e o interesse da sociedade. Uma obra poderia ser utilizada sem a autorização do detentor dos seus direitos em um contexto de crítica, comentário ou por fins educacionais.<sup>30</sup>

Em suma, o *Fair Use* seria uma maneira de utilizar um material protegido legalmente, porém dentro de limites e com certo fator transformativo.

In its most general sense, a fair use is any copying of copyrighted material done for a limited and “transformative” purpose, such as to comment upon, criticize, or parody a copyrighted work. Such uses can be done without permission from the copyright owner. In other words, fair use is a defense against a claim of copyright infringement. If your use qualifies as a fair use, then it would not be considered an illegal infringement.<sup>31</sup>

Nesse sentido, completa Lawrence Lessig (pg. 184):

Fair use is the right to use copyrighted material, regardless of the wishes of the owner of that material. A

---

29 MOSSER, Kurt. **Cover Songs: Ambiguity, Multivalence, Polysemy**. *Op.cit.* p. 4-5.

30 SCHONEWILLE, Hugo. **The Copyright Balance on YouTube: Weighing vs. Counting the Words of the User**. Mestrado em Television & Cross-Media Culture – University of Amsterdam, Holanda, 2014. p. 18.

31 STIM, Rich. **What Is Fair Use?**. Disponível em <<http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/what-is-fair-use>>. Acesso em 10/11/16. Em tradução livre do autor: “No seu sentido mais geral, o “*fair use*” é qualquer cópia de um material protegido pelo sistema de *copyright* feita com propósito limitado e “transformativo”, tal como comentar sobre, criticar, ou uma paródia de uma obra protegida. Tais usos podem ser feitos sem a permissão do detentor do *copyright*. Em outras palavras,, “*fair use*” é uma defesa contra a reivindicação do *copyright* infringido. Se o teu uso é qualificado como um uso justo, então ele não seria considerado uma infração ilegal”.



copyright gives the owner certain rights; fair use is a limitation on those rights. It gives you the right to criticize this book, cut sections from it, and reproduce them in an article attacking me. In these ways and in others, you have the right to use this book independent of how I say it should be used.<sup>32</sup>

Como citado anteriormente neste trabalho, tal doutrina corresponde a uma minuciosa análise por parte da corte julgadora a respeito de quatro critérios que justificariam, ou não, o uso de determinada obra. Tais critérios são: a) O propósito e as características do uso; b) A natureza da obra protegida; c) A quantidade e a substância da porção utilizada em relação à obra protegida como um todo; d) O efeito do uso em relação a um mercado potencial e o valor da obra protegida.

O primeiro desses critérios corresponde à forma com que foi feita o uso e aos propósitos advindos deste. Por exemplo, uma paródia de uma determinada canção famosa poderia estar contido nesse critério, visto que o autor da paródia usou a obra original de modo a transformá-la em uma nova obra e dar-lhe uma nova significação. De maneira geral, o primeiro critério, quanto à característica do uso, procura compreender se houve uma quantia de expressão ou uma mudança na significação suficiente para que a paródia se desvinculasse da obra que foi utilizada como a base de sua criação. Já em relação ao propósito do uso, entende-se que não é prejudicial o uso se o seu propósito diverja do da obra original<sup>33</sup>

A natureza da obra protegida diz respeito a certos aspectos da obra, como ao gênero em que esta é classificada ou se ela está domínio público.

Já o terceiro critério, a quantidade e a substância da porção utilizada em relação à obra protegida como um todo, apresenta certos problemas quanto a sua análise. Caso o autor de uma obra derivada se aproprie de algo da obra original que correspondesse a uma baixa porcentagem de sua totalidade, a probabilidade de esse uso ser autorizado pela doutrina do *Fair Use* é maior do que caso ele se utilizasse de uma porcentagem correspondente a quase totalidade da obra original. No entanto, tal critério não é cartesiano a esse ponto. Por mais que mínima a porcentagem da obra utilizada para a criação da derivada, também deverá ser posta em questão se o trecho utilizado corresponde à “essência” da obra original. Caso a questão tenha uma resposta afirmativa, diminuem-se as chances de ser caracterizado o “uso justo”. Já quanto às paródias, o entendimento é que elas estão isentas dessa última limitação. Segundo Rich Stim:

This rule — less is more — is not necessarily true in parody cases. A parodist is permitted to borrow quite a bit, even the heart of the original work, in order to conjure up the original work. That’s because, as the Supreme Court has acknowledged, “the heart is also what most readily conjures up the [original] for parody, and it is the heart at which parody takes aim.”<sup>34</sup>

O quarto, e último, dos critérios que devem ser ponderados para se constatar

---

32 LESSIG, Lawrence. **Code: Version 2.0**. 2ª Edição. Nova Iorque: Basic Books. 2006. p. 184. Em tradução livre do autor: “*Fair Use* é o direito de usar o material protegido por *copyright*, desconsiderando os desejos do detentor do material.. O *copyright* dá ao seu dono determinados direitos; o *Fair Use* é uma limitação desses direitos. Ele te dá o direito de criticar esse livro, recortar trechos dele, e reproduzi-los em um artigo me atacando Em todas essas situações e em outras, você tem o direito de usar esse livro independentemente da maneira que eu digo que deve ser usado”.

33 VINTERSVÄRD, Anna. **Copyright In Social Media**. *Op.cit.*, p.17.

34 STIM, Rich. **Measuring the Fair Use: The four factors**. *Op.cit.* Em tradução livre do autor: “ Esta regra, mais ou menos, não é necessariamente verdadeira em casos de paródias. A um parodista é permitido que pegue emprestado até mesmo o “coração” da obra original, de maneira a evocar a obra original. Isto porque, assim como a Suprema Corte entendeu, “o coração é também o que mais prontamente evoca o [original] pela paródia, e é o seu coração que é o alvo da paródia”.

o “uso justo” diz respeito à forma com que o uso da obra original irá afetar os ganhos da obra original, seja de maneira a substituí-la em um mercado potencial ou depreciar o seu valor. Tendo em mente que o direito autoral norte-americano é essencialmente patrimonialista, tal critério deve ser analisado com a necessária minúcia. Assim como no quesito anterior, aqui a paródia novamente aparece como uma “exceção à regra”, conforme as palavras de Rich Stim:

Again, parody is given a slightly different fair use analysis with regard to the impact on the market. It's possible that a parody may diminish or even destroy the market value of the original work. That is, the parody may be so good that the public can never take the original work seriously again. Although this may cause a loss of income, it's not the same type of loss as when an infringer merely appropriates the work. As one judge explained, “The economic effect of a parody with which we are concerned is not its potential to destroy or diminish the market for the original—any bad review can have that effect—but whether it fulfills the demand for the original.”<sup>35</sup>

A *World Intellectual Property Organization* coaduna com tal entendimento de que não basta somente um prejuízo para desconfigurar o “uso justo”, mas sim que esse prejuízo seja considerado injustificado. Nas palavras de Eduardo Magrani:

De acordo com a interpretação da OMPI, para se avaliar se determinada exceção é, ou não, válida no âmbito da Convenção de Berna não se deve simplesmente levar em consideração se o autor sofreu, ou não, um prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é, ou não, injustificado, tendo em vista que toda limitação, de uma forma ou de outra, sempre terá algum impacto no mercado reservado aos titulares de direitos autorais. É possível afirmar, a título ilustrativo, que em caso de utilização fundada em interesse público, ainda que haja prejuízo, em alguma medida, ao detentor dos direitos patrimoniais, trata-se de prejuízo justificado. A aplicação do fair use, a exemplo da aplicação da “regra dos três passos”, na qual se inspirou, deve atender também à função social do direito de autor, que consiste na promoção do desenvolvimento cultural e garantia do interesse público.<sup>36</sup>

Ainda sobre este último quesito, há a possibilidade de uma paródia, por exemplo, acrescentar valor à obra original. Recente exemplo dessa situação foi o do cantor sul-coreano Psy. Devido a uma considerável quantidade de vídeos de paródias que foram submetidos ao *Youtube*, o cantor se tornou um fenômeno mundial, ou seja, de certa forma, as paródias serviram a sua música como uma forma de publicidade.<sup>37</sup>

Apesar do *Fair Use* já ser uma ferramenta notória no direito norte-americano, sua aplicação terá de enfrentar certas barreiras no direito brasileiro. A legislação autoral brasileira está pautada no “*droit d'auteur*”, o direito autoral de matriz francesa. Tal concepção de direito autoral tem maior participação dos direitos de personalidade, os direitos morais do autor, e isso a difere do direito autoral norte-americano, o *copyright*, que é essencialmente patrimonial. Nas palavras de Eduardo Magrani:

A resistência que existe fundamenta-se no temor de que uma derivação ou uso criativo de uma obra possa ser prejudicial à reputação ou personalidade do autor. Isto fica evidente nas limitações concernentes às paró-

---

35 Idem. Em tradução livre do autor: “Novamente, à paródia é dado um tratamento levemente diferente quanto à análise do Fair Use no que diz respeito ao impacto no mercado. É possível que uma paródia possa diminuir ou até mesmo destruir o valor de mercado de uma obra original. Isto se dá ao fato da paródia ser tão boa que o público nunca mais lidará com a obra original de maneira séria novamente. Embora isto possa causar uma perda de renda, esta não é do mesmo tipo de perda de quando o infrator meramente se apropria da obra. Como um juiz explicou, ‘O efeito econômico de uma paródia com o qual nós estamos preocupados não é o seu potencial para destruir ou diminuir o mercado para a original – qualquer *review* negativa pode ter esse efeito – mas se ela preenche a demanda pela obra original’”.

36 MAGRANI, Eduardo. A Problemática das Exceções e Imitações na Atual Lei de Direitos Autorais e a Inaplicabilidade do Fair Use ao Contexto Brasileiro. *Op.cit.*, p. 77.

37 JUNG, Allen. User-Generated Parody Videos on YouTube, *Op.cit.*, p.1-2.

No artigo 9º (2) da Convenção de Berna, um tratado em que o Brasil foi um dos signatários tem uma disposição referente à faculdade de permitir a reprodução das obras em casos especiais, desde que não afete a exploração normal da obra e também não cause prejuízo injustificado ao autor. A grande questão posta aqui está presente nos “casos especiais”.

No Brasil, a legislação prevê de maneira taxativa as limitações aos direitos do autor nos artigos 46 e 47 da Lei 9.610/1998. Assim sendo, resta impossibilitada a proposição de limitações genéricas ao direito do autor, tal como é o *Fair Use*.

Porém, é justamente dessa extensa amplitude do *Fair Use* que surge diversas críticas ao instituto. Devido a característica de tal doutrina ser a análise caso a caso, é gerada uma insegurança a respeito de como serão aplicados os quatro critérios que são ponderados para que se configure ou não o “uso justo”. Nessa toada, sua aplicação acaba por se tornar imprevisível. Nas palavras de Eduardo Magrani:

Este entendimento demonstra a incapacidade do fair use de gerar hipóteses de incidência razoavelmente previsíveis, distanciando-se e rompendo com a concepção original da “regra dos três passos”, que, através do fator “em certos casos especiais”, veda as hipóteses de limitações amplas e genéricas que não sejam capazes de gerar hipóteses dotadas de um mínimo de previsibilidade. O fundamento desta vedação é evitar a insegurança jurídica gerada por este tipo de limitação.<sup>39</sup>

A doutrina do *Fair Use* é uma ferramenta de defesa contra acusações de violações de direitos autorais e já está consolidada no direito norte-americano. No Brasil, porém, diversas barreiras impedem a sua devida aplicação no país. Primeiro, tem de se ter em mente que o direito autoral norte-americano é voltado essencialmente ao aspecto patrimonial, enquanto no brasileiro há a incidência dos direitos morais do autor, sendo que a utilização da obra protegida poderia infringi-los. Também se faz necessário ressaltar que a Convenção de Berna faculta aos países signatários definir quais serão os “casos especiais” dos quais serão permitidos a limitação ao direito do autor. Na legislação brasileira, tais hipóteses foram dispostas de maneira taxativa nos artigos 46 e 47 da Lei 9.610/1998, impossibilitando a genérica aplicação caso a caso do *Fair Use*. Por fim, tal doutrina ainda é criticada mesmo nos países em que é permitida sua aplicação. A ponderação de quatro critérios vagos caso a caso é indeterminável a ponto de não poder gerar segurança jurídica, ou seja, o resultado da decisão é consideravelmente imprevisível.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da internet e de todas as suas possibilidades, a forma como a sociedade lida com a criação e a reprodução de obras artísticas alterou-se drasticamente, porém não houve tantas mudanças assim no âmbito jurídico referente aos direitos autorais. Nessa época de revolução tecnológica, facilmente um cidadão comum pode ele mesmo produzir um determinado conteúdo (*user-generated content*), como uma paródia ou uma regravação (*cover*), e submetê-lo a uma plataforma virtual com suporte para

38 MAGRANI, Eduardo. A Problemática das Exceções e imitações na Atual Lei de Direitos Autorais e a Inaplicabilidade do Fair Use ao Contexto Brasileiro. *Op.cit.*, p. 72.

39 Idem. p. 80.

hospedá-lo.

No Brasil, ao submeter uma paródia ou um *cover* a um determinado provedor de conteúdo, o usuário muitas vezes desconhece o regramento nebuloso por trás dos direitos autorais relacionados. Quanto à paródia, ela normalmente não consiste em violação aos direitos do autor, porém é necessário verificar os critérios legais previstos na Lei de Direitos Autorais. Já quanto aos *covers* (regravações), apesar de raramente o intérprete pedir a autorização do criador da obra original, ela é necessária para que não seja caracterizada uma violação aos seus direitos autorais. Porém, com a devida autorização, passa o intérprete a gozar de direitos legalmente previstos.

Em outros países, também há ferramentas que podem permitir a criação de paródias e regravações além da legislação. Nos Estados Unidos, por exemplo, há a conhecida doutrina do *Fair Use*, ou “uso justo”. Tal doutrina compreende uma análise de um caso concreto baseado em quatro diferentes critérios: a) O propósito e as características do uso; b) A natureza da obra protegida; c) A quantidade e a substância da porção utilizada em relação à obra protegida como um todo; d) O efeito do uso em relação a um mercado potencial e o valor da obra protegida. A partir de tal análise é constatado se o uso de determinada pode ser considerado um “uso justo” ou não. Paródias normalmente são englobadas no conceito de “uso justo”, tendo como base a emblemática decisão judicial “*Campbell v. Acuff-Rose Music*”, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou categoricamente que “(...)parody, like any other use, has to work its way through the relevant factors, and be judged case by case, in light of the ends of the copyright law”.<sup>40</sup> Regravações também podem adentrar o escopo do “uso justo”, porém dependerá da análise dos quatro requisitos no caso concreto.

Todavia, a referida doutrina encontra sérias dificuldades que impedem sua aplicação no Brasil. A primeira delas é o fato de que, por ser um país influenciado pelo “*droit d’auteur*”, e não pelo *copyright*, como o é o direito norte-americano, há a questão da incidência dos direitos morais. Diferente do direito autoral dos Estados Unidos, no Brasil, o direito autoral possui uma faceta moral, além da patrimonial. Tal característica, portanto, afastaria a aplicação do *Fair Use* em território brasileiro, pois sua incidência poderia acarretar na violação de direitos morais do autor. Outra peculiaridade do direito brasileiro que impediria a aplicação do *Fair Use* é a taxatividade das limitações do direito autoral. O direito norte-americano é um direito de “*common law*”, ou seja, a participação das decisões judiciais na construção do direito é maior do que em países como o Brasil, nos quais o direito é construído principalmente com base em atos legislativos. Com isso, torna-se mais dificultada a aplicação de tal doutrina no direito brasileiro. Por fim, também vale dizer que, por mais que seja aplicada no direito norte-americano, a doutrina do *Fair Use* ainda apresenta certos defeitos, sendo o mais latente a indeterminabilidade das decisões.

## 4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n. 75.699, de 6 de maio de 1975.** Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/de-](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/de-)

40 ESTADOS UNIDOS. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569. Disponível em: < <https://cyber.harvard.edu/meta-school/fisher/integrity/Links/Cases/campbell.html> >. Acesso em 10/11/16. Em tradução livre do autor: “paródia, como qualquer outro uso, tem de funcionar por conta própria através dos fatores relevantes, e ser julgada caso a caso, nos moldes da lei de *Copyright*”. Acesso em 10/11/16.

[creto/1970-1979/d75699.htm](http://creto/1970-1979/d75699.htm) >. Acesso em 10/12/16.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm) >. Acesso em 10/12/16.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa do REsp 964404/ES**. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado no DJe de 23/05/2011. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1107462> >. Acesso em 02/11/16.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Direitos de Autor e Direitos de Personalidade: Reflexões à luz do Código Civil**. Tese para Professor Titular – Universidade de São Paulo, Brasil, 2008.

ESTADOS UNIDOS, **Campbell v. Acuff-Rose Music**. Inc., 510 U.S. 569. Disponível em: < <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/integrity/Links/Cases/campbell.html> >. Acesso em 10/11/16.

GALANTE, Melina Duarte Leal. Perspectivas contemporâneas dos direitos autorais: uma saída para os conflitos (inter)nacionais. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas. Volume 2. 2014. Páginas 67-85. Disponível em < <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes> > Acesso em 29/11/16.

GINSBURY, Jane. The Concept of authorship in comparative copyright law. **DePaul Law Review**. Chicago. Volume 52, Página 1063-1092, 2003.

JUNG, Allen. User-Generated Parody Videos on YouTube: Do They Have a Successful Fair Use Defense under Copyright Law?. **Law School Student Scholarship**. , South Orange - Estados Unidos, 2014. Paper 131. Disponível em [http://scholarship.shu.edu/student\\_scholarship/131](http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/131). Acesso em: 24/07/16.

JÚNIOR, Sérgio Vieira Branco. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

KELLOGG, Matt. The Problem of functional facts: Idea, expression, and copyright's balance between author incentive and public interest. **Journal of the Copyright Society of the U.S.A.** Nova Iorque. Volume 58. Página 549-584, 2011.

LATHAM, Robert P.; BROWN, Jeremy T.; BUTZER, Carl C. Legal Implications of User Generated Content: YouTube, MySpace, Facebook. **Intellectual Property & Technology Law Journal**. Volume 20. Número 5. Página 1-11, Maio de 2008.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LINDBERG, Van. **Intellectual Property and Open Source: A Practical Guide to Protecting Code**. 1ª Edição. Sebastopol: O'Reilly. 2008.

LEMONS, **Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2005

LESSIG, Lawrence. **Code: Version 2.0**. 2ª Edição. Nova Iorque: Basic Books. 2006

MAGRANI, Eduardo. A Problemática das Exceções e imitações na Atual Lei de Direitos Autorais e a Inaplicabilidade do Fair Use ao Contexto Brasileiro. **Direito Privado em**



**perspectiva: Teoria, dogmática e economia.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. Páginas 67-85.

MARTINS, Laura. **Facebook revela total de usuários de WhatsApp, Instagram, vídeos e mais,** 2015. Disponível em < <http://www.techtudo.com.br/listas/noticia/2015/04/facebook-revela-total-de-usuarios-de-whatsapp-instagram-videos-e-mais.html> >. Acesso em 02/11/16.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral.** 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

MOSSER, Kurt. **Cover Songs: Ambiguity, Multivalence, Polysemy.** Dayton – Estados Unidos, 2008.

NUNES, Simone L. **Direito Autoral e Direito Antitruste.** 1ª Edição. São Paulo: Campus, 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

PONT, Eugenio Ull. La Propiedad Intelectual y La Informática. **Propriedade Intelectual & Internet.** 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2002. Páginas 51-73.

ROVER, Aires J.; WINTER, Djônata. A Revolução Tecnológica Digital e a Proteção da Propriedade Intelectual. **Propriedade Intelectual & Internet.** 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2002. Páginas 75-89.

SANTOS, Manuella. **Direito Autoral na Era Digital – impactos, controvérsias e possíveis soluções.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

SCHONEWILLE, Hugo. **The Copyright Balance on YouTube: Weighing vs. Counting the Words of the User.** Mestrado em Television & Cross-Media Culture – University of Amsterdam, Holanda, 2014.

STIM, Rich. **Measuring the Fair Use: The four factors.** Disponível em: < <http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors/> >. Acesso em 10/11/16.

VINTERSVÄRD, Anna. **Copyright In Social Media: A preparatory study in aess to YouTube protected clips.** Bacharelado em Direito Comercial e Tributário – Jonköping University, Suécia, 2011.

YOUTUBE. **Estatísticas.** Disponível em: < <https://www.youtube.com/yt/press/pt-BR/statistics.html> >. Acesso em 13/10/16.



# ACESSO À CULTURA NO MEIO DIGITAL *VERSUS* A ATUAL LEGISLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Lorena Parreiras Amaral<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O debate sobre o acesso a bens culturais protegidos por direitos autorais se acentuou muito com o advento da “era informacional”. A ‘Internet’, com seu desenvolvimento e com o passar dos anos, oportuniza cada vez mais mecanismos de compartilhamento que facilitam o acesso à cultura, sua criação, proliferação e divulgação. Vemos isso claramente no caso da música, por exemplo, cujo o acesso hoje em dia se dá de maneira muito menos onerosa, por meio de serviços online de streaming e de compartilhamento de arquivos.

Contudo, ocorre que a atual legislação sobre direitos autorais brasileira, a Lei 9.610/98, não alcança os novos dilemas relativos à infrações de direitos autorais na ‘Internet’ e, não obstante, criminaliza muitos atos nela praticados. Esses fatos representam evidentes atentados contra o acesso à cultura. Em contrapartida, apesar de datar de 1988, a Constituição brasileira, em seu artigo 5º e em sua seção sobre a Cultura, prevê garantias fundamentais em relação à cultura que são facilmente aplicadas ao ambiente da ‘Internet’.

Além dos parâmetros constitucionais, temos também as normativas internacionais que protegem e defendem o acesso aos direitos culturais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Agenda 21 da Cultura, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração de Friburgo sobre Direitos Culturais e a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural. Todas essas versam sobre a necessidade de se democratizar e promover o acesso à cultura, seja produzindo-a ou consumindo-a. Contudo, essas diretrizes internacionais para a cultura ainda não são efetivas e precisam, no caso brasileiro, de serem reafirmadas e de fato introduzidas nas legislações pátrias.

Tendo em vista esse contexto, o presente trabalho buscará compreender a possibilidade de adoção dessas concepções constitucionais e de direito internacional na legislação brasileira sobre direitos autorais, a fim de que o acesso à cultura seja contemplado ao mesmo tempo em que o direito de autor proteja interesses tanto individuais quanto coletivos, no ambiente digital.

## 2. DISCUSSÃO OU DESENVOLVIMENTO

A Lei de Direitos Autorais brasileira é reconhecida como uma das mais restritivas do mundo, não só pela sua desatualização temporal, mas também pelo seu descompasso em relação à legislação de direitos autorais de outros países. Por exemplo, muitos países signatários da convenção de Berna<sup>2</sup> incorporaram em seus ordenamentos internos a Regra dos Três Passos, estabelecida em sua revisão na convenção de Estocolmo de 1967. Tal regra serve como um guia em relação aos direitos de reprodução de uma obra

1 Graduada em Direito na UFMG. Extencionista na Clínica de Direitos Humanos da UFMG. Membro do grupo de estudos em Direito e Internet (Gnet). [Lorenapamaral@gmail.com](mailto:Lorenapamaral@gmail.com).

2 Convenção datada de 1886 relativa à proteção das obras literárias e artísticas.

por terceiros nas seguintes hipóteses: (i) em certos casos especiais; (ii) que não conflitem com a normal exploração comercial da obra; e (iii) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.<sup>3</sup> Sendo assim, no momento em que se interpretam as limitações ao livre acesso das obras, tal regra serviria de orientação para que elas não sejam absolutas ou que não impeçam o acesso.

A legislação nacional, contudo, não incorporou tal regra, o que torna ilegal toda reprodução sem permissão dos titulares ou sem aquisição onerosa prévia da obra em atos comuns. Como exemplo, destaca-se na 'Internet' o download de músicas por 'sites' de compartilhamento para tocar em uma festa familiar ou a reprodução de um vídeo 'online' em uma apresentação escolar. Com isso, o art. 46 da Lei 9.610/98 acaba tendo uma interpretação restritiva e impeditiva ao uso privado de obras intelectuais, ou de usos justos<sup>4</sup> sem finalidade lucrativa<sup>5</sup>. A própria Constituição Federal brasileira preconiza, no artigo 5º, XXVII, que pertence aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras; direito transmissível aos herdeiros pelo tempo fixado em lei<sup>6</sup>, o que por si já lança bases para uma legislação de direito de autor extremamente protecionista e restritiva.

Por outro lado, apesar de o direito de autor ter passado a ser visto apenas sob a ótica da relação particular entre autor da obra e público consumidor, a Constituição também traz outros elementos pelos quais podemos perceber que o direito de autor não pode ser mais estritamente entendido por esse viés privado. Hoje já se entende que o direito de autor tem um nítido papel em relação à promoção do acesso à cultura, e nesse contexto, as potencialidades demonstradas pela 'Internet' para contribuir com o direito constitucionalmente previsto de acesso à cultura não podem ser desconsideradas<sup>7</sup>.

Como prova disso, a Constituição, em seu art. 215, traz objetivamente a positivação das garantias do pleno exercício de direitos culturais de acesso às fontes de cultura, além do apoio, incentivo, valorização e difusão das manifestações culturais<sup>8</sup>. Tais proteções constitucionais são plenamente realizáveis no ambiente digital, sendo que ele é ainda capaz de promover com maior eficiência a efetivação desses direitos. O mesmo ocorre em relação às proteções e garantias previstas no art. 216, o qual versa sobre a promoção e proteção também dos patrimônios imateriais, dos quais muitos já estão presentes e materializados no ambiente da Internet.

Além do disposto na Seção própria sobre Cultura, o artigo 5º, que aborda os direitos e garantias fundamentais, traz outras garantias que perpassam os direitos culturais como: a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica, independente de censura ou licença<sup>9</sup>; a proteção artística e intelectual<sup>10</sup>; propriedade e

---

3 WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei autoral principais alterações: debates e motivações. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição**, Aracaju, Ano IV, Edição nº 08/2015, p.542 a 562, Fev/2015. P. 552.

4 Terminação derivada do 'fair use', termo em inglês que significa, brevemente, os usos de uma obra protegida por direitos autorais que seriam considerados justos, tanto pelo autor quanto pelo usuário/consumidor.

5 WACHOWICZ, Marcos. **Estudos de direito de autor: a revisão da lei de direitos autorais**. 1ª Ed. Florianópolis: Editora Fundação José Arthur Boiteux, 2010. p. 92.

6 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, art. 5º, XXVII.

7 DA SILVA, Rosane Leal; DE LA RUE, Leticia Almeida. **A constitucionalização do direito de autor e as potencialidades da internet para a difusão da cultura**. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 19, n. 1, p. 270-298, 2014. P. 285.

8 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988, art. 215.

9 *Idem*, art. 5º, IX.

10 *Idem*, art. 5º, XXVII.

função social<sup>11</sup>; e proteção do patrimônio cultural<sup>12</sup>. A Constituição também garante a liberdade de manifestação artística e a liberdade das manifestações culturais<sup>13</sup>. Nessa toada, tais direitos novamente fazem jus ao tema do acesso à cultura pelos meios digitais, pois a “criação intelectual” está extremamente presente no ambiente digital, como ocorre com as músicas ou os filmes disponibilizados em arquivos compartilháveis, em streamings e até mesmo em redes sociais. É essa “criação intelectual” que é muitas vezes protegida pelos direitos autorais e conexos, a fim de que a obra do autor não seja copiada ou modificada sem a sua autorização. Entretanto, isso não é absoluto, porque, uma vez que os direitos autorais são entendidos como propriedade, deve-se considerar o parâmetro constitucional de sua função social. É nesse sentido que o direito autoral deve ser compreendido de forma coerente com o direito de acesso à cultura. Por fim, a ‘Internet’ ainda nos possibilita conhecer o mundo e as outras cultura, sendo assim um grande acervo onde podemos ter acesso à cultura facilmente e onde podemos guardar memórias culturais.

Ademais, já foram ratificadas diversas normativas internacionais que incentivam o Estado brasileiro a promover a cultura e facilitar seu acesso. Temos primeiramente a Convenção Universal dos Direitos Humanos que faz clara menção à necessidade de observância aos direitos sociais, econômicos e culturais em seu artigo 22 e enfatiza a importância da cultura e sua fruição no artigo 27, como demonstrado a seguir:

Artigo XXII Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (...)

Artigo XXVII 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.<sup>14</sup>

Em adendo, há o Protocolo de São Salvador, consequência do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, em seu art.15, traz a garantia da promoção de participação na vida cultural e artística, além do gozo dos benefícios do progresso científico e tecnológico, direitos esses que se vinculam claramente ao acesso de bens culturais via ‘Internet’.

Artigo 15.º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a todos o direito:

a) De participar na vida cultural;

b) De beneficiar do progresso científico e das suas aplicações;

c) De beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor.

2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurarem o pleno exercício deste direito deverão compreender as que são necessárias para assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura.<sup>15</sup>

---

11 *Idem*, art. 5º, XXII e XXIII.

12 *Idem*, art. 5º, LXXIII

13 ALMEIDA, Daniela Lima. A dimensão constitucional da constituição brasileira de 1988. DAMAS, Marisa. **Patrimônio, Direitos culturais e Cidadania: Ciclo de webconferências**. 1ª Ed. Goiânia, GO: Gráfica UFG/CIAR UFG, 2015. P.20.

14 ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br), 2013.

15 C. I. D. D. HUMANOS & E. M. D. D. CONÔMICOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, “Protocolo de San Salvador”. 2013.

Não obstante, existem as convenções da UNESCO que visam uma promoção integral de acesso à cultura. Desde sua criação em 1945, a UNESCO se comprometeu em focar suas ações também em prol da cultura e da diversidade cultural. Entre suas convenções e declarações de maior impacto, a que mais se relaciona ao tema em questão do acesso à bens culturais por meio da 'Internet' é a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, da qual decorreu conseqüentemente a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Focando na primeira, conhecida como Declaração da Diversidade Cultural, essas diversas orientações para os Estados signatários, os quais passam a ter o dever de promover a cultura em todos os seus aspectos, o que inclui a cultura que está presente na Internet, seja criada no ambiente digital ou acessada nele. O seu artigo sexto já aborda de maneira direta o dever de tornar acessível os meios que garantam a diversidade cultural. Ele fala que cabe ao Estado cuidar para que as culturas possam não somente se expressar mas também serem conhecidas, de maneira que o acesso seja garantido de maneira igualitária, inclusive em formato digital. Sendo assim, compreende-se que o acesso à cultura, até em formato digital, garante a diversidade cultural, como demonstrado na letra do artigo em questão:

Artigo 6 – Rumo a uma diversidade cultural acessível a todos enquanto se garanta a livre circulação das ideias mediante a palavra e a imagem, deve-se cuidar para que todas as culturas possam se expressar e se fazer conhecidas. A liberdade de expressão, o pluralismo dos meios de comunicação, o multilinguismo, a igualdade de acesso às expressões artísticas, ao conhecimento científico e tecnológico – inclusive em formato digital - e a possibilidade, para todas as culturas, de estar presentes nos meios de expressão e de difusão, são garantias da diversidade cultural.<sup>16</sup>

Além disso, a Declaração da Diversidade Cultural é atenta também aos direitos culturais e autorais do autores. Ela compreende que as mudanças tecnológicas proporcionam uma perspectiva de maior facilidade de criar. Nessa toada, ela também considera que é devido aos autores o justo reconhecimento de seus direitos, mas levando em conta o caráter específico dos bens e serviços culturais. Nisso levanta-se o questionamento sobre se bens culturais deveriam ser considerados como mercadorias ou bens consumos, o que não será aqui aprofundado. Conseqüentemente, o artigo 16 também concernente à garantia dos direitos autorais, foca no princípio de fomentar o uma remuneração justa do trabalho criativo, ao mesmo tempo em que se observe a garantia do direito público de acesso à cultura:

Artigo 8 – Os bens e serviços culturais, mercadorias distintas das demais frente às mudanças econômicas e tecnológicas atuais, que abrem vastas perspectivas para a criação e a inovação, deve-se prestar uma particular atenção à diversidade da oferta criativa, ao justo reconhecimento dos direitos dos autores e artistas, assim como ao caráter específico dos bens e serviços culturais que, na medida em que são portadores de identidade, de valores e sentido, não devem ser considerados como mercadorias ou bens de consumo como os demais. (...)

16. Garantir a proteção dos direitos de autor e dos direitos conexos, de modo a fomentar o desenvolvimento da criatividade contemporânea e uma remuneração justa do trabalho criativo, defendendo, ao mesmo tempo, o direito público de acesso à cultura, conforme o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos.<sup>17</sup>

A declaração em questão ainda reconhece mais uma vez, agora em seu artigo 11, a importância do acesso à Internet e do desenvolvimento de novas tecnologias para a circulação eletrônica de produtos culturais, e acesso à recursos digitais de ordem

16 UNESCO, CN d. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. 2002.

17 *Idem*.



cultural. Não obstante, no artigo 12 vê-se a preocupação em se utilizar das redes digitais para produção, salvaguarda e difusão de conteúdos culturais, como disposto no artigos seguintes:

11. Lutar contra o hiato digital - em estreita cooperação com os organismos competentes do sistema das Nações Unidas - favorecendo o acesso dos países em desenvolvimento às novas tecnologias, ajudando-os a dominar as tecnologias da informação e facilitando a circulação eletrônica dos produtos culturais endógenos e o acesso de tais países aos recursos digitais de ordem educativa, cultural e científica, disponíveis em escala mundial.

12. Estimular a produção, a salvaguarda e a difusão de conteúdos diversificados nos meios de comunicação e nas redes mundiais de informação e, para tanto, promover o papel dos serviços públicos de radiodifusão e de televisão na elaboração de produções audiovisuais de qualidade, favorecendo, particularmente, o estabelecimento de mecanismos de cooperação que facilitem a difusão das mesmas.<sup>18</sup>

Com a intenção de traçar um plano de desenvolvimento para a cultura no século atual, foi criada em 2004 a Agenda 21 da Cultura. Ela traz o acesso e a interação com a 'Internet' como princípios fundamentais de fomento à cultura no século XXI. Em seu artigo 14, aborda a importância do acesso igualitário a meios tecnológicos e de informação, pensando que ele fomenta a dinâmica entre culturas, além de enriquecer o acervo coletivo da sociedade. Já no artigo 18, apesar de mencionar explicitamente a utilização do recurso da 'Internet', ele defende a utilização dos meios possíveis para universalização de bens culturais e seus acessos, no intuito também de aumentar o público e valorizar difusões culturais, para enfim haver uma participação cultural plena que leva a um verdadeiro exercício de cidadania, como disposto a seguir:

14. A apropriação da informação e a sua transformação em conhecimento por parte dos cidadãos é um ato cultural. Portanto, o acesso sem distinções aos meios de expressão, tecnológicos e de comunicação e a constituição de redes horizontais fortalece e alimenta a dinâmica das culturas locais e enriquece o acervo coletivo de uma sociedade que se baseia no conhecimento.

18. Apoiar e promover, mediante diferentes meios e instrumentos, a manutenção e ampliação dos bens e serviços culturais, buscando a universalização do acesso a estes, a ampliação da capacidade criativa de todos os cidadãos, a riqueza que representa a diversidade linguística, a exigência artística, a busca de novas formas de expressividade e a experimentação com as novas linguagens, a reformulação e a interação das tradições, os mecanismos de gestão cultural que detectem os novos movimentos culturais, o novo talento artístico e o potencial para que possa chegar à sua plenitude. Os governos locais manifestam o seu compromisso com a geração e ampliação de públicos e a participação cultural como elementos de uma cidadania plena.<sup>19</sup>

Além disso, o artigo 31 a Agenda 21 da Cultura reforça a necessidade de se promover o acesso à 'Internet' para o conseqüente acesso ao acervo cultural local e universal, como se vê a seguir:

31. Promover a socialização e o acesso à dimensão digital dos projetos e do acervo cultural local ou universal. As tecnologias da informação e da comunicação devem-se utilizar como ferramentas capazes de pôr o conhecimento cultural ao alcance de todos os cidadãos.

Por fim, a Agenda 21 da Cultura também traça como diretiva o respeito dos direitos morais de autorais, observe que não se fala estritamente nos direitos patrimoniais, e a justa remuneração, algo que virá a ser discutido quando se fala em remuneração ao autor pelo intermediário que detém o direito patrimonial:

---

18 *Idem.*

19 CGLU, Cidades; UNIDOS, Governos Locais. **Agenda 21 da Cultura.** CGLU-Comissão de Cultura, Barcelona, 2004.

Mesmo com todo disposto nas normativas internacionais que tratam de direitos culturais, eles ainda não são observados com eficácia. Nesse sentido, no intuito de tornar mais objetivas as disposições sobre direitos culturais no ordenamento jurídico internacional foi criada a mais recente normativa sobre o assunto, que é a Declaração de Friburgo sobre Direitos Culturais, ainda não ratificada pelo o Estado brasileiro. Ela trata estritamente do acesso à cultura em artigo próprio, no intuito de enfatizar tal direito entre os outros concernentes aos direitos culturais. A Declaração enfatiza em seu artigo 5º o fato de que o acesso à cultura deve ser livre e de livre acesso, sem consideração de fronteiras, as quais são facilmente transponíveis com a utilização da 'Internet'.

Artigo 5 (Acesso e participação à vida cultural)

a. toda pessoa, individualmente e em coletividade, tem o direito ao acesso e à livre participação da vida cultural, sem consideração de fronteiras, através das atividades de sua escolha.<sup>21</sup>

Na alínea "b" do mesmo artigo, é ressaltada não só a necessidade de valorização dos recursos naturais, da produção e da divulgação de bens e serviços culturais, os quais são feitos com mais eficiência caso realizados pela 'Internet', como também é enfatizada a liberdade para desenvolver e compartilhar expressões culturais, algo que se dá também por meio do uso da 'Internet'. Por fim, o artigo também se atenta aos direitos morais e materiais do autores, sendo que, como já foi visto, a relação de reembolso de direitos autorais por obras disponíveis na 'Internet' acaba por ficar na conta dos intermediários, isso é, quando há algum repasse.

b. Este direito compreende particularmente:

- a liberdade de expressar-se, em público ou em privado, em seu idioma ou nos idiomas de sua escolha;
- a liberdade de exercer, conforme os direitos reconhecidos na presente Declaração, suas próprias práticas culturais e prosseguir um modo de vida associado à valorização de seus recursos culturais, particularmente no domínio da utilização, da produção e da divulgação de bens e de serviços;
- a liberdade de desenvolver e de compartilhar conhecimentos, expressões culturais, de conduzir pesquisas e de participar das diferentes formas de criação, bem como de seus benefícios;
- a proteção dos interesses morais e materiais ligados aos trabalhos que são fruto da sua atividade cultural.<sup>22</sup>

A nova declaração também mostra interesse na questão da inclusão de todos quanto à informação, a qual deve se dar de maneira indistinta e pluralista. Sendo assim, sabe-se atualmente que a 'Internet' é o meio pelo qual a informação circula com mais facilidade e agilidade, de maneira a contribuir não só ao respeito às diversidades culturais, como também proporciona o fácil acesso ao conhecimento:

Artigo 7 (Informação e comunicação) No âmbito geral da liberdade de expressão, inclusive artística, das liberdades de opinião e informação, do respeito à diversidade cultural, toda pessoa, individualmente ou em coletividade, tem o direito à informação livre e pluralista que contribua ao pleno desenvolvimento de sua identidade cultural com o respeito aos direitos de outrem e à diversidade cultural. Este direito, que se exerce sem considerações de fronteiras, compreende especialmente:

a. a liberdade de pesquisar, receber e transmitir informações;

20 *Idem.*

21 INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE ÉTICA E DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Direitos Humanos de Friburgo.**

2007. Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_20/IIIPAG3\\_20\\_4.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_20/IIIPAG3_20_4.htm)>. Acesso em 06/06/17.

22 *Idem.*

b. o direito de participar de uma informação pluralista, em seu idioma ou nos idiomas de sua escolha; de contribuir à sua produção ou difusão através de todas as tecnologias da informação e da comunicação;<sup>23</sup>

Diante do exposto até aqui percebe-se que as normativas de direitos internacional público revistas possuem um caráter claramente pró cultura e pró acesso, o que vai em contramão às legislações de direito de autor que são declaradamente privatistas.

Nesse sentido, o que ainda predomina quando a questão são direitos autorais e as normativas internacionais mais voltadas às relações privadas. A discussão sobre direitos autorais perpassa atualmente por dilemas que envolvem os avanços tecnológicos e a não atualização dos entendimentos e leis sobre o Direito de Autor. Se seguirmos o que podemos chamar de racionalidade tradicional dos direitos autorais temos que o direito do autor se dá basicamente pelo licenciamento horizontal da obra de sua autoria. Esse licenciamento ocorreria da seguinte forma: o autor ou titular da obra licencia o uso, e não somente o uso, de sua obra, sendo essa objeto de exploração econômica, para um público que adquiriu esse direito de uso, que pode ser a título gratuito ou oneroso. Esse público, também referido como licenciados, quando não está em uma relação gratuita, paga os royalties do uso da obra sendo esses ou uma remuneração direta ao autor ou às entidades de gestão de Direitos Autorais, em inglês as “Collective Management Societies”.

Dessa maneira, temos que essa relação simples e horizontal dá enfoque à propriedade, promovendo a aquisição, na maioria dos casos fática, da obra sem poder modificá-la ou explorá-la economicamente. Isso demonstra que, ao ceder a propriedade de sua obra, o autor e/ou a entidade gestora de Direitos Autorais têm pretensões sobre a cessão do uso da obra, as quais são predominantemente econômicas. Logo, a ênfase dessa racionalidade tradicional é no controle, uma vez que o autor sabe para quem licenciou sua obra, em uma relação sinalagmática, e também é assegurado por essa lógica dos direitos autorais de que sua obra não será modificada ou explorada por terceiros, sob penalidades dispostas nas normativas desses direitos, protegendo-se assim a paternidade da obra e sua exploração econômica.

Um marco das normativas dessa racionalidade é a Convenção de Berna de 1886, primeira Convenção Internacional sobre direitos autorais<sup>24</sup>, a qual, a princípio, possuiu um caráter extremamente protecionista da produção intelectual europeia<sup>25</sup>. Essa convenção discorre sobre formas de proteção da criação autoral, eleva critérios mínimos de proteção, uniformiza a regulamentação sobre direitos autorais e, em suas atualizações, amplia direitos reconhecidos aos autores, estabelece disposições particulares para os países em desenvolvimento,<sup>26</sup> além de orientar países signatários a criar suas próprias leis de direitos autorais. Em sua revisão em Roma no ano de 1928, foi-lhe acrescentada as noções de direito de paternidade e de oposição à qualquer modificação da obra que prejudicasse os interesses morais do autor, tendo em vista a vulgarização dos meios de comunicação e expressão que facilitavam a difusão de obras<sup>27</sup>. Passou-se, assim, a conceituar-se as noções de direitos autorais morais e patrimoniais. Os morais são rel-

---

23 *Idem.*

24 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de autor em perspectiva histórica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 15-24, maio/ago. 2014. P. 22.

25 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d'auteur. **VIDERE**, v. 3, n. 5, p. 107-128, 2011. P. 118.

26 *Idem.*

27 *Idem.*

ativos àquele já mencionado direito de paternidade, sendo eles vitalícios, inalienáveis, irrenunciáveis e eternos, não sendo passíveis de cair em domínio público, uma vez que que o criador da obra é o único que pode ser o “pai” dessa, e essa realidade não pode modificada por qualquer ato jurídico. Com isso, pelo direito moral sobre a obra, o autor tem direito ao crédito, devendo ter sempre seu nome associado da determinada obra sua, além do direito à integridade, não sendo assim permitida qualquer afetação à obra original. Em outro diapasão, temos que os direitos patrimoniais de autor são relativos ao domínio e à propriedade da obra, sendo eles alienáveis, renunciáveis e passíveis de cair em domínio público. Dessa maneira, esse direito pode ser exercido por terceiros, caso o autor deseje licenciar (autorização para uso) ou ceder sua obra (transfere propriedade com exclusividade). Os debates sobre direitos autorais giram predominantemente em torno dessa última concepção de direitos autorais.

Contudo, com a facilitação gradual da difusão de obras autorais devido a aceleração da globalização e o advento da ‘Internet’ foram surgindo novas modalidades de intercâmbio de obras autorais. Dessa maneira, além dos contratos de troca/intercâmbio predominantes na racionalidade tradicional dos direitos autorais, começam a surgir contratos de comunhão de escopo (cooperativos) e principalmente os contratos de compartilhamento. Essas novas modalidades de acesso a, no caso, bens culturais autorais na ‘Internet’ não foram perfeitamente recepcionadas pelas legislações vigentes de direito de autor.

Dessas, as que preponderam são as advindas da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Em 1996, tal organização promulgou o ‘WIPO copyright treaty’, tratado que também influenciou a legislação brasileira de 1998. Esse último, conhecido como WCT, trata de um acordo ao abrigo da Convenção de Berna, que aborda a proteção das obras e dos direitos dos seus autores no ambiente digital. No mesmo ano de 1996, a WIPO promulgou o WCCT. Esse tratado sobre Performances e Fonogramas lida com os direitos dos dois tipos de beneficiários, particularmente no ambiente digital: (i) artistas (atores, cantores, músicos, etc.); e (ii) Produtores de Fonogramas (pessoas ou entidades legais que tomar a iniciativa e a responsabilidade-have para a fixação dos sons). Contudo, apesar desses tratados, as tecnologias de acesso a bens autorais na ‘Internet’ evoluíram de tal maneira que não há lei que enquadre perfeitamente as questões de acesso e de direito de autor nesse meio.

Desde então, a OMPI lança outras normativas, a maioria regionais, com o intuito de atualizar a legislação principal devido os avanços tecnológicos. Contudo, somente de um certo período para cá que essa organização passou a dar atenção ao caráter público dos direitos autorais. Sendo assim, caberia também a essa organização se bastar das novas normativas internacionais de direitos culturais para equilibrar o direito privado de autor com o direito público de acesso à cultura, principalmente na ‘Internet’, onde esse acesso tem se dado por modelos e contratos de compartilhamento cada vez mais facilitados.

Essa espécie de contrato é a que dá voz à nova racionalidade sobre os direitos autorais, a qual surge graças à possibilidade de “livre” compartilhamento, obedecendo também uma lógica de benefícios. Nesse sentido, além das novas normativas de direitos culturais, a própria ‘Internet’ tem dado abertura a novos meios de acesso que vão além do que, como já dito, as normativas privatistas de direito de autor já tinham previsto. Sendo assim, principalmente quando se trata de compartilhamento via rede mundial de computadores, não há mais apenas uma relação horizontal autor-público, mas

sim uma rede complexa na qual o autor pode compartilhar sua obra com um público inimaginável e desconhecido. Nesse *sistema* a obra não está mais sujeita tão somente ao uso, podendo ser reproduzida, explorada, modificada, atualizada, transformada, etc, segundo permissões<sup>28</sup> de uso ou não<sup>29</sup>. Sendo assim, a ênfase dessa racionalidade é nos incentivos que tanto o autor quanto o público têm de produzir e consumir mais obras, tendo em vista que não há mais um apelo patrimonialista tão forte quanto o da racionalidade tradicional. Dessa maneira, não importa tanto a destinação da obra e seus usos subsequentes, mesmo porque com a facilidade e velocidade de difusão seria muito difícil identificar todos que receberam a obra compartilhada.

Tendo em vista essa nova lógica de difusão de obras autorais via internet, surgem sistemas de atribuição de licenças, possibilitando a limitação de poderes do adquirente da obra compartilhada. Isso pois, anteriormente, a proteção legal era entendida como necessária e essencial aos custos da reprodução e à circulação de obras autorais e de bens culturais. No entanto, a desmaterialização dos suportes através da 'Internet' gera barateamento na circulação de ideias, o que obriga a todos a terem um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, o qual, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização, reprodução e divulgação das obras. Por causa dessa redução de gastos com distribuição das obras, questiona-se a lógica de se permanecer submetendo os bens culturais a restrições tão rígidas. Questiona-se o porquê de não se flexibilizar um pouco as condições para alguns usos, caso o autor prefira, não se exigindo liberdade total, somente regras mais versáteis<sup>30</sup>. Isso sem contar com outra característica essencial dos bens disponíveis na 'Internet', a de que eles não são escassos nem se desgastam, o que explanado a seguir:

É importante ressaltar que os bens imateriais, os saberes e a informação não possuem duas das características econômicas mais importantes dos bens materiais: a escassez e o desgaste pelo uso. Os bens materiais, para serem produzidos em quantidade, requerem estoque de recursos materiais que são finitos e que sofrem o fenômeno da escassez.<sup>31</sup>

Logo, diferentemente dos bens materiais, os bens culturais e autorais disponibilizados na 'Internet' são mais facilmente consumíveis e fogem da lógica de mercado padrão, associada tradicionalmente a esses tipos de bens. Agora um autor pode ter sua obra reconhecida em qualquer lugar do mundo que tenha 'Internet' sem que tenha que investir necessariamente em um produtor ou divulgador para fazer isso. Além disso, os custos de produção são reduzidos consideravelmente, podendo a obra ser eterna enquanto existir a 'Internet' e seus canais de compartilhamento. Nesse sentido, ao passo que o autor recebe menos de contrapartida por cada obra consumida – considerando que a maioria dos consumos são gratuitos- sua obra passa a ter maior alcance, e consequentemente, mais consumos, além de que o autor tem menos gastos com a produção de mídia material.

Levando em consideração todo o exposto, cabe, por fim, compreender que novos modelos de compartilhamento têm surgido não só para conciliarem interesses de autores e consumidores, mas principalmente para tentar diminuir o impacto que as

28 Permissões de uso como as possibilitadas pelo sistema de *creative commons*.

29 Seria o caso, por exemplo, de infrações ao direito de autor na internet.

30 DE ARAÚJO, Honácio Braga. Creative Commons e o direito à cultura livre: as licenças criativas frente às limitações do direito autoral na internet. **Texto Livre: Linguagem e Tecnologia**, v. 4, n. 2, p. 103-111, 2011. P.110.

31 LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de et al. Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação. **Ciência da Informação**, v.37, n.1, 2008. p.121-128. p.121.



empresas intermediárias do consumo de obras culturais autorais na 'Internet' possuem na remuneração do autor e nos gastos do consumidor.

No caso da licença de compartilhamento chamada de Creative Commons, o que motivou a criação desse tipo de licença foi o fato de que, muitas vezes, não é interessante para o autor ter sua obra protegida pelo copyright. O que ocorre é que apesar de o copyright impedir que alguém copie, plagie ou pirateie uma obra atual, ele, ao mesmo tempo, impede que a obra seja difundida, além de valorizar mais o produtor intermediário do que o próprio autor. Com isso, muitos artistas que acabam de entrar no mercado vêm na Creative Commons a possibilidade de divulgar mais sua obra, mesmo que ela venha a ser remixada, por exemplo, além de não ter que ver os lucros de sua obra irem para um produtor em vez de ele mesmo recebê-los.

Sendo assim, a pesquisadora norte americana Jane Ginsburg defende que nos casos em que os consumidores finais apenas consumiam obras protegidas por direitos de autor, fornecidas por intermediários de distribuição ou de transmissão, a Internet deu a eles a capacidade de copiar e comunicar os próprios trabalhos e as obras acessadas. Conseqüentemente, também alterou o papel dos intermediários, muitos dos quais agora facilitam as comunicações dos consumidores finais sem intervir ativamente na criação ou na seleção dos conteúdos que transmitem. Em sua concepção, provedores de serviços de Internet (PSI), que permitem que usuários de computadores domésticos se concentrem à 'Internet' e postem e troquem todo tipo de materiais potencialmente protegidos por direitos autorais, fornecem um alvo atraente para processos por violação de direitos autorais, quando a alternativa seria muitas vezes postular ações judiciais contra indivíduos. Por conseguinte, os PSIs, graças à DMCA (D Copyright Millenium Act – lei norte americana sobre direitos autorais), conseguiram largamente isolar-se da maior parte dos direitos de autor. Os provedores de serviço de internet agora desfrutam de limitações de responsabilidade mesmo em circunstâncias imprevistas pelo Congresso em 1998, que têm promovido dependência dos direitos autorais, mas amplamente imunes de direitos autorais em modelos de negócios<sup>32</sup>. Sendo assim, há ainda uma forte dependência dos direitos autorais para remuneração dos autores devido justamente à impactante presença desses intermediários.

Diante desse impasse, no Brasil conclui-se que o caminho a se tomar deve ser o da atualização da lei de direitos autorais brasileira. Segundo a exposição de motivos do Ministério da Cultura, após amplo debate do governo com a sociedade que se deu principalmente no ano de 2007, concluiu-se que a lei atual ainda não promove o equilíbrio entre os direitos dos autores e dos intermediários (editoras e gravadoras), muito menos promove o equilíbrio em relação ao interesse público. Nessa toada, proteger os autores e o interesse público é um dos principais objetivos da reforma. Outro objetivo seria o de adaptar a lei aos desafios constantes à sociedade da informação, a exemplo das novas formas de acesso a conteúdo cultural de modo colaborativo e compartilhado, algo que

---

32 GINSBURG, Jane C. Copyright 1992-2012: The Most Significant Development. **Forthcoming, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, v. 23, n. 2013, 2013. p. 129. Trecho traduzido livremente, retirado da seguinte citação: "Where end-users once merely consumed copyrighted works brought to them by distribution or transmission intermediaries, the Internet has given end-users the capacity to copy and communicate works themselves. Consequently, it has also altered the role of intermediaries, many of whom now facilitate end-user communications without themselves actively intervening in the creation or selection of the content that they transmit. Internet service providers (ISPs) that allow home computer users to connect to the Internet and to post and exchange all manner of potentially copyright-protected materials provide an appealing target for copyright infringement lawsuits, when the alternative would often be cumbersome suits against individuals. ISPs accordingly have, thanks to the DMCA, largely succeeded in insulating themselves from most copyright liability. ISPs now enjoy liability limitations even in circumstances unanticipated by Congress in 1998, circumstances which have promoted copyright dependent, yet largely copyright-immune business models."

ocorre em diversas plataformas. Esses modelos desafiam os conceitos tradicionais de autoria e acesso e a aplicação rígida da lei pode inviabilizar o florescimento de uma cultura colaborativa sob o amparo do direito<sup>33</sup>.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o exposto, conclui-se que ainda há muito a se estudar e a atualizar em relação às atuais normativas de direitos autorais. Diante das inovações cotidianas que decorrem da “era informacional”, temos que a legislação de direitos autorais perde sua eficácia por não acompanhar tais inovações. Não basta, como visto, já existirem organizações que busquem a atualização de suas leis sobre o assunto. Isso pois não seria coerente simplesmente atualizar uma lei de direitos autorais, de inspiração protecionista, se ela não considerar legislações que preveem uma acesso facilitado à cultura. Por isso, deve-se enfatizar a importância da referência às normativas do sistema ONU/UNESCO e às demais normativas que tratam dos direitos culturais, a fim que o direito de acesso à cultura na Internet seja devidamente efetivado.

Além disso, cabe ressaltar que, quando se fala em acesso facilitado ou livre acesso, ele não necessariamente deve ser entendido como acesso gratuito. As normativas de direitos autorais devem considerar também que, atualmente, por mais que as elas sejam maximalistas em termos de proteção ao direito do autor, quem possui o lucro maior com essas legislações são os produtores e intermediários, mesmo, se não ainda mais, na era informacional. Ou seja, não adianta o acesso ser oneroso se por ele o artista não recebe seus dividendos, valendo mais que o próprio artista disponibilize gratuitamente, a fim de ganhar maior repercussão de sua obra e a monetarize por outros meios. Nesse sentido, não necessariamente o acesso vai ter sido gratuito.

Sendo assim, do ponto de vista social, sabe-se que as ferramentas que a ‘Internet’ nos proporciona tornam-se extremamente valiosas para o compartilhamento de bens intelectuais, principalmente os de cunho cultural. Esses se constituem em fontes de conhecimento e o acesso a eles é requisito primordial para a promoção do desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico de uma sociedade.<sup>34</sup> Logo, defende-se aqui uma nova legislação brasileira de direitos autorais que concilie direitos privados do autor com direitos públicos de acesso à cultura, sem que se prejudique ou impeça o lucro real do autor e as expressões culturais na ‘Internet’.

### 4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Lima. A dimensão constitucional da constituição brasileira de 1988. DAMAS, Marisa. **Patrimônio, Direitos culturais e Cidadania: Ciclo de webconferências**. 1ª Ed. Goiânia, GO: Gráfica UFG/CIAR UFG, 2015. P 13-29.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

DA SILVA, Rosane Leal; DE LA RUE, Letícia Almeida. A constitucionalização do direito de autor e as potencialidades da internet para a difusão da cultura. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 19, n. 1, p. 270-298, 2014.

33 LEMOS, Ronaldo et al. (Org.). **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p.74

34 DA SILVA, Rosane Leal; DE LA RUE, Letícia Almeida. A constitucionalização do direito de autor e as potencialidades da internet para a difusão da cultura. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 19, n. 1, p. 270-298, 2014. P. 285.

DE ARAÚJO, Honácio Braga. Creative Commons e o direito à cultura livre: as licenças criativas frente às limitações do direito autoral na internet. **Texto Livre: Linguagem e Tecnologia**, v. 4, n. 2, p. 103-111, 2011.

CGLU, Cidades; UNIDOS, Governos Locais. Agenda 21 da Cultura. **CGLU-Comissão de Cultura, Barcelona**, 2004.

C. I. D. D. HUMANOS & E. M. D. D. ECONÔMICOS, **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, "Protocolo de San Salvador". 2013.

GINSBURG, Jane C. Copyright 1992-2012: The Most Significant Development. **Forthcoming, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, v. 23, n. 2013, 2013. P. 129.

INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE ÉTICA E DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Direitos Humanos de Friburgo**. 2007. Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_20/III-PAG3\\_20\\_4.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_20/III-PAG3_20_4.htm)>. Acesso em 06/06/17.

LEMOS, Ronaldo et al. (Org.). **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV, 2011. P.74

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de et al. Copyleft e licenças criativas de uso de informação na sociedade da informação. **Ciência da Informação**, v.37, n.1, 2008. p.121-128. P.121.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: [www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br), 2013.

UNESCO, CN d. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. 2002.

WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei autoral principais alterações: debates e motivações. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição**, Aracaju, Ano IV, Edição nº 08/2015, p.542 a 562, Fev/2015.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito de autor: a revisão da lei de direitos autorais**. 1ª Ed. Florianópolis : Editora Fundação José Arthur Boiteux, 2010.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direito de autor em perspectiva histórica. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVIII, n. 63, p. 15-24, maio/ago. 2014. P. 22.

\_\_\_\_\_. A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do copyright e do droit d'auteur. **VIDERE**, v. 3, n. 5, p. 107-128, 2011.



# O FAIR USE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO YOUTUBE

Ana Flávia Costa Ferreira<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A evolução da cultura é sempre impulsionada pela reciclagem de ideias. Em praticamente toda manifestação de atividade criativa é possível identificar referências pré-existentes, ainda que de maneira sutil. Elas, por sua vez, sofrem releituras, sendo transformadas pela introdução de novos olhares e técnicas. A era digital proporcionou uma expansão inédita desse fenômeno, estabelecendo um sistema colaborativo e global, onde plataformas como o YouTube são veículos eficientes para a multiplicação do potencial criativo humano. Em decorrência desse formato, os serviços administrados pelo YouTube possuem relação estreita com a tutela de direitos autorais.

É evidente que muitas criações audiovisuais publicadas no site estabelecem um diálogo com outras obras já produzidas, incorrendo, frequentemente, em infrações de direitos autorais. A sutileza e atenção necessárias à análise legal desses casos sob um dispositivo legal de cláusula aberta como o Fair Use, somadas ao enorme volume de conteúdo inserido diariamente na rede torna ainda mais desafiadora a tarefa de diferenciação de usos legalmente autorizados de conteúdo autoral daqueles não permitidos. Resta avaliar se a demanda por agilidade e flexibilidade da internet é compatível com a garantia da proteção autoral e da liberdade de expressão na rede.

## 2. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NO YOUTUBE

### 2.1. Os usos legítimos de obras protegidas por direito autoral

No YouTube podem ser encontradas produções originais de diversos gêneros e formatos. Significativa parcela desses vídeos utiliza obras preexistentes que não constam no domínio público em sua composição, circunstância que pode incitar litígios judiciais em virtude da lesão de direitos autorais de seus criadores. A política de uso do site, contudo, disciplina hipóteses em que estes usos podem ser considerados legais, ainda que não autorizados.

Por sediar-se nos EUA, o funcionamento da empresa é regulado pela legislação autoral estadunidense, a qual inclui a doutrina do “Fair Use” (“uso justo/aceitável”). Trata-se de uma construção jurisprudencial recepcionada pela lei de Copyright<sup>2</sup>, que autoriza determinados usos “livres” de obras protegidas, ou seja, impõe uma limitação aos direitos autorais, em determinadas circunstâncias. A exceção permite a reprodução de obras tuteladas pelo direito autoral, sem a necessidade de autorização do titular do direito, desde que para fins de crítica, comentário, reportagem de notícias, ensino ou pesquisa, e se respeitados certos parâmetros.

Devido a sua estrutura de cláusula aberta, a aplicação da exceção presente no parágrafo 107 da lei de Copyright depende de uma análise discricionária do juiz. Ele se incumbem de examinar as circunstâncias do caso em questão, de forma a balancear os in-

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, integrante do Grupo de Estudos de Propriedade Intelectual - GPI, [afcostaferreira@gmail.com](mailto:afcostaferreira@gmail.com).

2 POLI, L. M. **Direito Autoral: Parte Geral**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 81.

teresses envolvidos. Importa ressaltar que não há qualquer determinação que fixe que um caso sempre será abarcado pelo Fair Use. Em todas as hipóteses, apenas o judiciário tem autoridade para decidir se um uso é livre ou não<sup>3</sup>.

No entanto, como os tribunais e o Congresso têm enfatizado repetidamente, não há uma lista definitiva acerca de quais tipos de obras são ou não são cobertas pelo uso justo. Ao invés disso, cada caso deve ser determinado sobre seu próprio mérito. Com o tempo, os tribunais chegaram a reconhecer certos fatores que eram úteis em determinar se o uso justo existia em algum caso em particular. (Tradução livre)<sup>4</sup>

Na intenção de direcionar esse exame, a cláusula estabelece quatro fatores que devem ser contemplados na investigação do caso: I) o propósito e tipo de utilização, inclusive se é de natureza comercial ou educacional sem fins lucrativos; II) a natureza do trabalho copiado; III) a quantidade e proporcionalidade da porção copiada em relação ao todo; e IV) o efeito do uso relativamente ao mercado potencial ou valor do trabalho sob direito de autor<sup>5</sup>. Alguns desses fatores podem ter maior ou menor impacto do que outros na decisão, a depender das condições específicas do caso. Um dos aspectos de maior importância neste julgamento é a amplitude da atividade transformativa, ou seja, o quão independente a obra nova é em relação àquela da qual fez uso para seu desenvolvimento.

Assim, certas modalidades de vídeos presentes no YouTube, como vlogs, resenhas, sátiras, críticas e paródias, cuja utilização de trechos de obras preexistentes não se propõem meramente a reproduzir a obra protegida, poderiam eventualmente ser protegidas pelo uso justo, se restasse demonstrada a adequabilidade do uso em relação à intenção do vídeo. Note-se, porém, que a verificação da exceção no caso dependeria de uma análise individualizada e com certo grau de subjetividade.

## 2.2. OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS NO YOUTUBE

### 2.2.1. O DMCA e o sistema “Notice-and-takedown”

A estrutura “processual” de regulação de direitos autorais no YouTube, por outro lado, é pautada no “DMCA - Digital Millennium Copyright Act” (Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital), que estabelece o sistema de notificação e retirada para conteúdo que alegadamente viole direitos autorais, conhecido como “notice-and-takedown”. Esse sistema limita a responsabilidade do provedor de serviço pelo conteúdo indevidamente postado (criando a chamada “safe harbor”), sendo ele responsabilizado apenas se deixar de retirar o material do ar imediatamente após ser notificado de sua existência. Não se exige, dessa forma, intervenção judicial para a intervenção dos administradores do site, tornando o procedimento mais célere e automático.

Na comunidade do YouTube, esse método de notificação e retirada se consubstancia nos “strikes”, principal recurso da plataforma contra casos de abuso de direitos

3 JASSIN, Lloyd J. **Fair Use in a Nutshell: A Practical Guide to Fair Use**. Disponível em: <<http://www.copylaw.org/p/normal-0-false-false-false-en-us-x-none.html>>. Acesso em: 06/12/16

4 OLSON, Christina. **A Practical Guide to the Fair Use Doctrine in American Copyright Law**, 2005. Disponível em: <[https://cyber.harvard.edu/archived\\_content/events/SignalNoiseBBFINAL.pdf](https://cyber.harvard.edu/archived_content/events/SignalNoiseBBFINAL.pdf)>. Acesso em: 06/12/16

5 UNITED STATES OF AMERICA, **17 U.S.C. United States Code, 2010 Edition. Title 17 - COPYRIGHTS CHAPTER 1 - SUBJECT MATTER AND SCOPE OF COPYRIGHT. Sec. 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use**. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title17/html/USCODE-2010-title17-chap1-sec107.htm>>. Acesso em: 14/10/16



autorais. Os “strikes” são advertências por violação de direitos de autor, supostamente pautadas em um “pedido legal completo e válido”<sup>6</sup> realizado pelo proprietário dos direitos autorais em questão. Esse recurso resulta na remoção total do vídeo do YouTube e pode ser contestado mediante o envio de uma contra-notificação. O canal é automaticamente suspenso se recebe três “strikes”, independentemente do resultado dos processos contestados anteriormente. O “strike” é o mecanismo com consequências mais severas para o usuário, porém não é o único adotado pelo site.

## 2.2.2 O “Content ID”

O YouTube oferece também o serviço de “Content ID”, um instrumento de identificação automática de conteúdo protegido por direitos autorais. Tendo como referência um banco de dados composto por cópias de obras musicais ou audiovisuais cedidas pelos proprietários dos seus direitos, o sistema opera como uma espécie de scanner que verifica a inclusão destas obras nos vídeos postados por outros usuários.

Localizado um uso não autorizado de obra protegida, o vídeo recebe uma “Content ID Claim”. Essa espécie de reivindicação permite ao proprietário decidir o que acontece quando o conteúdo em um vídeo no YouTube corresponde a uma obra pertencente a eles, sendo-lhes facultado: desativar o áudio correspondente à música copiada; bloquear a visualização do vídeo por completo; gerar renda com o vídeo ao veicular anúncios ou ao compartilhar a receita com o usuário que fez o envio; ou somente rastrear as estatísticas de visualização do vídeo<sup>7</sup>.

O acesso ao sistema é restrito e oferecido somente a proprietários de direitos autorais que atendem a requisitos específicos, como a detenção de direitos de exclusividade sobre uma porção expressiva de material original frequentemente enviado ao YouTube por seus usuários. O serviço atende, portanto, majoritariamente a grandes empresas ou artistas renomados.

## 2.2.3 As “Flags”

O YouTube possui ainda um mecanismo participativo de fiscalização de seu acervo. Os usuários são convidados a denunciar violações cometidas por outros membros da comunidade a suas diretrizes<sup>8</sup>, entre as quais o respeito aos direitos autorais. Essas denúncias são chamadas “flags”, e são analisadas pela equipe do YouTube. Elas geralmente não representam grande ameaça, todavia, podem se transformar em um “strike” a administração do site conclua que ocorreu efetivamente uma violação às suas regras.

A plataforma desenvolveu recentemente o programa “Trusted Flagger”<sup>9</sup> (“Denunciante Confiável”), que seleciona usuários que apresentam um alto índice de denúncias pertinentes, criando uma equipe de monitoramento com acesso a recursos de notificação mais avançados. O sucesso da iniciativa levou à criação de outro programa, o “YouTube Heroes” (“Heróis do YouTube”), com o objetivo de reconhecer o apoio da comunidade global de usuários que colaboram ativamente com a otimização do site,

---

6 YOUTUBE. **Aspectos básicos da advertência por violação de direitos de autor**. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2814000>>. Acesso em: 13/10/16

7 YOUTUBE. **Como funciona o Content ID**. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=pt-BR>>. Acesso em: 13/10/16

8 **Diretrizes da Comunidade**. Disponível em <<https://www.youtube.com/yt/policyandsafety/pt-BR/communityguidelines.html>>. Acesso em: 14/10/16

9 **Growing our Trusted Flagger program into YouTube Heroes**. Disponível em: <<https://youtube.googleblog.com/2016/09/growing-our-trusted-flagger-program.html>>. Acesso em: 14/10/16

ajudando na legendagem dos vídeos, compartilhamento conhecimento nos fóruns de ajuda, e notificando práticas condenáveis.

Todas essas medidas evidenciam um potencial de promoção de posturas mais ativas na plataforma, incentivando a realização cada vez mais frequente de denúncias de todos os tipos de práticas não autorizadas, inclusive de conotação autoral.

## 2.3. POSSÍVEIS EFEITOS DO MODELO “NOTICE-AND-TAKEDOWN”

Há que se analisar os efeitos que a adoção de um sistema de “notice-and-takedown” pode provocar na dinâmica do ambiente digital, sobretudo em comparação com modelos alternativos como o “notice-and-notice” e o “judicial-notice-and-takedown”.

O primeiro modelo, empregado pelo YouTube na forma do “strike”, é entendido como a prática do envio de notificação extrajudicial ao provedor, seguida pela imediata retirada do conteúdo apontado como infringente, sem que seja necessária ordem judicial prévia. O direito de resposta, mediante contra-notificação, só é assegurado após a remoção do vídeo. Nesse cenário, o provedor incorre em responsabilidade se não remover o conteúdo imediatamente após a notificação. Já o sistema “notice-and-notice” permite ao detentor do canal supostamente infringente o envio de contra-notificação anteriormente à adoção de medida executória pelo site, garantindo um contraditório extrajudicial. No terceiro mecanismo, o “judicial-notice-and-takedown”, o provedor só será responsabilizado se descumprir ordem judicial específica para remoção de conteúdo potencialmente infringente.<sup>10</sup> Embora o sistema “notice-and-notice” seja elogiado por sua celeridade, dispensando a intervenção jurisdicional e a observância do contraditório prévio, características dos demais modelos, algumas críticas ao procedimento merecem atenção.

Em primeiro lugar, questiona-se seu potencial incentivo à remoção arbitrária de conteúdo e até mesmo seu uso como meio de intimidação<sup>11</sup>. A dispensa de ordem judicial pode dar ensejo a reclamações infundadas, que não teriam amparo se analisadas pelo Judiciário, que se tratassem, por exemplo, de obras em domínio público, obras não abarcadas pela proteção legal ou cuja proteção é sujeita a limitações pela legislação. A ordem de remoção seria necessariamente atendida pelo provedor, (na intenção de se isentar da responsabilidade) sem, no entanto, se contemplar um devido processo legal, servindo ao cerceamento da liberdade de expressão do usuário.

Ademais, a estrutura marcada pela concessão de direito de resposta do acusado somente após a imposição da penalidade não elide a viabilidade do uso da ferramenta como instrumento para a prática de censura temporária, na tentativa de silenciar manifestações cuja divulgação teria relevante importância naquele momento histórico. Em um cenário de eleições, por exemplo, um pedido de remoção de um vídeo que expusesse práticas corruptas de um candidato implicaria em consequências sérias e talvez irreversíveis, ainda que fosse restaurado o material após o fim do período eleitoral.

Por fim, a remoção instantânea do conteúdo não admite espaço ao diálogo, inviabilizando possíveis soluções pacíficas de adequação do material. A falta de granular-

10 SOUZA, Allan Rocha de; SCHIRRU, Luca. **Os direitos autorais no marco civil da internet**. Políticas de informação e marcos regulatórios da internet, Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v.12, n.1, p. 41, maio 2016. Disponível em: <<http://liinc.revista.ibict.br/index.php/liinc/issue/view/48>>. Acesso em: 12/10/16.

11 LEONARDI, Marcel. **Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet**, 2012. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 04/10/16

idade do sistema implica na adoção de medidas drásticas inclusive em casos em que a porção infratora do vídeo é mínima, podendo ser alterada a pedido do detentor dos direitos. A adoção desse método impõe, dessa forma, um remédio desproporcional às infrações de direitos autorais.

### 2.3.1. O Fair Use e o Uso Indiscriminado das Ferramentas de Copyright

O que se tem observado, nos EUA, é o frequente relato por usuários de utilização abusiva do mecanismo de “notice-and-takedown” por detentores de direitos autorais. Eles reportam que, devido ao procedimento de remoção praticamente instantânea do vídeo após o recebimento da notificação (“strike”), sem uma análise prévia de seu conteúdo, teria se disseminado a prática de denúncias muitas vezes infundadas. Em consequência, criadores de conteúdo vêm sofrendo penalidades por um uso diversas vezes justo e legítimo de obras intelectuais.

Usuários noticiam um emprego das ferramentas de proteção de direitos autorais do YouTube como meio de intimidação, exercendo uma espécie de perseguição virtual com a pretensão de restringir a disseminação de opiniões negativas no site. Essa situação acomete especialmente canais conhecidos por veicular vídeos com conteúdo satírico e de crítica musical, artística ou cinematográfica, a princípio aptos a serem recepcionados pelo Fair Use.

Um caso notório envolveu o canal “I Hate Everything”, no qual foi publicado uma resenha crítica de teor cômico acerca do filme “Cool Cat Saves the Kids” em sua série “Search for the Worst” (“Busca pelos piores”). O vídeo foi rapidamente removido pelo criador do filme, Derek Savage, através da ferramenta de “strike”. As tentativas pessoais de conciliação com o detentor dos direitos falharam, tendo este respondido com ameaças judiciais e insultos, manifestando sua insatisfação quanto ao conteúdo negativo da crítica<sup>12</sup>. Ironicamente, o filme possui uma mensagem educativa sobre os perigos do “cyberbullying”.

O modelo do vídeo a princípio parece atender aos requisitos do Fair Use, haja vista seu propósito de crítica e o uso meramente ilustrativo de trechos curtos da obra protegida como elemento fortalecedor do “argumento” nele sustentado. Questiona-se, contudo, o critério do potencial prejuízo à exploração econômica da obra original, sustentando-se que as vendas do filme poderiam ser afetadas pela crítica. Esse argumento dificilmente prevalece, sobretudo em virtude da publicidade potencialmente conferida ao filme pela resenha, bem como da própria natureza da crítica, cuja repressão, em qualquer de seus formatos, resulta em restrição à liberdade de opinião e expressão do indivíduo.

No Brasil, um incidente muito divulgado foi o de Felipe Castanhari e o “Canal Nostalgia”<sup>13</sup>. O canal sofreu um “strike” no ano de 2014, promovido pela Fox, em virtude da utilização de imagens de sua produção original “Os Simpsons” em um de seus vídeos. O caso ganhou tom dramático por ser este o terceiro “strike” recebido pelo canal (após dois realizados pelo grupo Time Warner, devido ao uso de imagens dos programas “As

12 **I Hate Everything vs Derek Savage - IT'S OVER.** Canal: I Hate Everything. 13/11/15. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yXVkcWbvnN0>>. Acesso em: 14/10/16

13 **O FIM DO CANAL NOSTALGIA UPDATE -16/01/14.** Canal: jack badalado'. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xONWXUDZWrY>>. Acesso em: 14/10/16

Meninas Superpoderosas” e “Johnny Bravo”). O aviso enviado pelo site ao youtuber informando o iminente encerramento de sua conta causou grande comoção na rede e despertou a atenção de outros usuários sobre o tema, colocando-o na pauta de mobilização do cenário virtual nacional.

Um exemplo ainda mais drástico do uso indiscriminado dessas ferramentas pode ser observado no caso de Brad Jones, conhecido como “Cinema Snob”. Seu canal “Stoned Gremlin Productions” possui uma série intitulada “Midnight Screenings” (“Sessões da Meia Noite”) em que ele comenta com amigos no estacionamento o filme que acabaram de assistir. Os vídeos sequer contêm áudio ou imagens dos filmes comentados, tendo ainda assim recebido reivindicações de direitos autorais<sup>14</sup>. Outros casos envolveram canais de expressiva visibilidade como “h3h3Productions”<sup>15</sup> e “TotalBiscuit”<sup>16</sup>, que também tiveram seus vídeos removidos sob alegação de infração de direitos autorais.

Esse fenômeno vem sendo amplamente divulgado pelo youtuber Doug Walker, também conhecido como “Nostalgia Critic”, juntamente com Alex Horton (“I Hate Everything”) e Adam Johnston (“Your Movie Sucks”), em uma campanha online intitulada “Where is the Fair Use”<sup>17</sup> (“Onde está o Fair Use”). O movimento confronta o sistema de direitos autorais do YouTube, expondo sua fragilidade em relação à prática de reivindicações fraudulentas e demandando uma reestruturação de sua operação.

O tema foi recentemente debatido nas cortes americanas no caso *Lenz v. Universal Music Corp*<sup>18</sup>. O vídeo de 29 segundos postado por Stephanie Lenz em fevereiro de 2007, revelava seu filho de 13 meses de idade dançando na cozinha ao som da música “Let’s Go Crazy”, do músico Prince. A Universal Music, proprietária dos direitos autorais da obra, enviou um pedido de remoção do vídeo, o que foi atendido pelo YouTube. Lenz respondeu a acusação de infração com uma contra-notificação, reclamando Fair Use e requerendo a repostagem do vídeo, bem como processou a Universal por falsa representação.

A mãe alegou que a gravadora estaria efetuando reclamações de direitos autorais de má fé, na tentativa de remover da rede qualquer tipo de conteúdo relativo ao Prince, ao invés de considerar se o conteúdo postado violava direitos autorais ou era abrangido pelo Fair Use. A corte distrital decidiu em favor da autora e, em sede de apelação, foi determinado que “os detentores de direitos autorais não podem se esquivar de seu dever de considerar, de boa fé e previamente ao envio pedidos de remoção, se o material alegadamente infringente constitui Fair Use, uso plenamente contemplado pelo DMCA como autorizado pela lei”<sup>19</sup>. A decisão se tornou um paradigma, despertando o otimismo de muitos usuários acerca da concessão de um tratamento judicial justo sobre a proteção da criatividade e da liberdade de expressão na plataforma.

---

14 **Where’s The Fair Use? – Nostalgia Critic.** Canal: Channel Awesome. 16/02/16. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zVqFAMotwaI>>. Acesso em: 13/10/16

15 **CENSORSHIP ON YOUTUBE.** Canal: Ethan and Hila. 04/08/15. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f-h1wlSb2H04>>. Acesso em 14/10/16

16 **This video is no longer available: The Day One Garry’s Incident.** Canal: TotalBiscuit, The Cynical Brit. 20/10/13. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QfgoDDh4kE0>>. Acesso em:14/10/16

17 **Where’s The Fair Use? – Nostalgia Critic.** Canal: Channel Awesome. 16/02/16. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zVqFAMotwaI>>. Acesso em: 13/10/16

18 **USA. *Lenz v Universal Music Corp.*** 801 F.3d 1126 (2015) 13-16106. September 14, 2015. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit. Judge: Richard C. Tallman. Disponível em: <<http://www.step toe.com/assets/attachments/4841.pdf>> Acesso em: 14/10/16

19 *Ibidem.*

## 2.4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, O FAIR USE, E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES

### 2.4.1 Da Controvérsia sobre o Regime de Responsabilidade

Até recentemente, a responsabilidade civil dos provedores de serviço na internet permanecia isenta de regulação específica no Brasil, sendo cercada de controvérsias. Ainda que diversas decisões judiciais apontassem a dificuldade estrutural destes agentes na fiscalização prévia do conteúdo submetido em suas plataformas, poucas delas resultavam em um juízo de irresponsabilidade das empresas. Entendia-se, com frequência, pela ocorrência de uma modalidade de responsabilidade condicional, acionada a partir da inércia do provedor diante da comunicação da existência do conteúdo lesivo.

Essa tendência favoreceu a absorção de traços do modelo “notice-and-take-down” no sistema jurídico brasileiro. O dever de monitoramento permanente, constantemente questionado no judiciário, foi gradativamente substituído por uma obrigação específica de atuação do provedor, mediante a qual estaria isento da responsabilidade. Tal foi o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, como ilustrado no REsp 1.396.417-MG:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE CONTEÚDO. SITE DE RELACIONAMENTO SOCIAL. VERIFICAÇÃO PRÉVIA E DE OFÍCIO DO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM VIOLADORA DE DIREITOS AUTORAIS. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER, DESDE QUE INFORMADO O URL PELO OFENDIDO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 5º, IV, IX, XII, E 220 DA CF/88; 14 DO CDC; E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC/02.

1. Ação ajuizada em 03.12.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 12.09.2013.
2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de sites de relacionamento social pelo conteúdo das informações postadas por cada usuário, notadamente aquelas violadoras de direitos autorais.
3. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. Precedentes.
- 4. A verificação de ofício do conteúdo das mensagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de sites de relacionamento social, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle.**
5. A violação de direitos autorais em material inserido no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.
6. Não se pode exigir do provedor de site de relacionamento social a fiscalização antecipada de cada nova mensagem postada, não apenas pela impossibilidade técnica e prática de assim proceder, mas sobretudo pelo risco de tolhimento da liberdade de pensamento. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de criação, expressão e informação, assegurada pelo art. 220 da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.
- 7. Ao ser comunicado de que determinada mensagem postada em site de relacionamento social por ele mantido possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo a direito autoral, deve o provedor removê-lo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.**
8. O cumprimento do dever de remoção preventiva de mensagens consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo conteúdo.
- 9. Recurso especial provido.**



O posicionamento do STJ, por sua vez, influenciou a atuação das cortes estaduais, produzindo decisões como a proferida pela 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP em sede de Apelação, em que se concluiu, igualmente, pela imunidade dos provedores.

Assim, denunciada a existência de publicação ilícita ou ofensiva, deve a empresa que recebeu a denúncia e que disponibiliza o conteúdo, promover a retirada provisória da publicação denunciada para analisar a sua possibilidade de permanência na rede, para só então determinar a sua permanência ou retirada definitiva.<sup>21</sup>

A importação da inspiração norte-americana, contudo, não foi feita com a devida regulação, pecando em vários momentos pelo desrespeito ao contraditório e outras garantias essenciais ao procedimento, existentes na estrutura paradigma, como afirma Anderson Schreiber<sup>22</sup>:

Um mecanismo essencialmente procedimental começava a aparecer nas nossas decisões judiciais sem um procedimento regulado, sem previsão de contra-notificação e de outras garantias que o cercavam em sua origem, resultando em uma versão deformada do instituto original, amparada mais no argumento de autoridade da experiência norte-americana que propriamente na compreensão dessa experiência e na sua adequação ao cenário brasileiro, naturalmente diverso e peculiar.

Diante da inconsistência e fragilizada fundamentação da estrutura regulatória resultante de tal experiência, foram depositadas grandes esperanças no Marco Civil da Internet para estabilizar o cenário jurídico no âmbito virtual. A referida lei (Lei nº 12.965<sup>23</sup>) se incumbiu de traçar premissas básicas de regulação do ambiente digital no ordenamento jurídico brasileiro, entre elas a delimitação da responsabilidade dos provedores de aplicações sobre o conteúdo gerado por terceiros.

Em seu art. 19, o diploma estabeleceu que os provedores só seriam responsabilizados civilmente se, recebida ordem judicial específica, não tomassem providências no prazo estipulado para tornar indisponível o conteúdo determinado. Este dispositivo traçou, portanto, como regra geral de aplicação no Brasil, o modelo “judicial-notice-and-takedown”, condicionando a retirada do material pelo provedor à necessidade de expedição de ordem judicial específica.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

20 STJ. REsp 1.396.417-MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07 de novembro de 2013 (DJe 25/11/2013). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302517510&dt\\_publicacao=25/11/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302517510&dt_publicacao=25/11/2013)>. Acesso em: 05/12/16.

21 TJSP – Apelação N. 1000579-34.2014.8.26.0100. 3ª Câmara de Direito Privado. Relatora Marcia Dalla Déa Barone, julgado em 17 de dezembro de 2015 (DJe 21/10/2016). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificacao=1000579-34.2014&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1000579-34.2014.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 06/12/16.

22 SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. p. 12. Disponível em: <<http://www.andersonschreiber.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 29/11/16.

23 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 15/10/16

No entanto, logo em sequência, o parágrafo segundo do art. 19 introduziu uma ressalva, determinando que a fixação de responsabilidade de provedores no que atine especificamente a infrações a direitos autorais e conexos seria disciplinada por previsão legal específica. Ademais, ficou disposto, no art. 31, que enquanto ainda inexistente a referida lei específica, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes de conteúdo gerado pelos usuários, no domínio dos direitos autorais continuaria sendo regulada pela Lei 9.610/98.

§ 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.

[...]

Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2o do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

A Lei de Direitos Autorais, tomada então como parâmetro, apresenta-se como uma fonte subsidiária precária de regulação, visto que nela não resta claro qual o regime de notificação e retirada adotado. Ao tempo de sua redação, os legisladores desconheciam ou ignoravam a realidade da gestão digital de direitos autorais, não havendo incluído uma diretriz a respeito. Nesse sentido, foram incentivadas tentativas de atualização da Lei de Direitos Autorais, sendo oferecidas propostas de projetos de lei ao congresso. Contudo, o intenso conflito de interesses entre as classes envolvidas na produção e distribuição de cultura, inviabilizou seu avanço.

A omissão legislativa deixada pelo Marco Civil da Internet frustrou, assim, a expectativa de regulação por tanto tempo nutrida, deixando mais uma vez em aberto a questão da responsabilidade dos provedores sobre infrações de direitos autorais cometidas por terceiros. A fracassada tentativa de atualização da Lei de Direitos Autorais levou os aplicadores do direito novamente ao impasse: qual seria o regime então vigente? Estaria ele atrelado ou não à necessidade de judicialização?

Diante desse cenário de indefinição, há quem defenda que o Marco Civil estabeleceu solução diversa da que vinha sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, “aduzindo que se deve partir para a aplicação da chamada judicial “notice-and-takedown.”<sup>24</sup> Por outro lado, existem aqueles que defendem a possibilidade de o próprio provedor definir suas diretrizes, fixando o regime a ele aplicável. Entendem que “cada provedor continua livre para implementar as políticas que entender pertinentes para remoção voluntária de conteúdo. Ele pode perfeitamente remover o conteúdo de acordo com seus termos de uso, suas políticas e outras práticas.”<sup>25</sup> O YouTube, em especial, tem se filiado à última corrente, mantendo sua formatação original, com a aplicação do modelo “notice-and-takedown” previsto em seus termos de uso. Basta saber se a jurisprudência e a doutrina evoluirão nesse sentido, enquanto a aguardada legislação específica não manifesta sinais de materialização.

---

24 TOSCANO, E. N. P.; MORAIS, A. M.. **O Marco Civil da Internet Como Novo Paradigma Para a Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços da Rede: O Judicial Notice And Takedown**. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=253>>. Acesso em: 05/12/16.

25 LEONARDI, Marcel. **Internet e regulação**. *Op.cit.*

## 2.4.2 Da Aplicabilidade do Fair Use no Brasil na esfera do YouTube

Há que se falar ainda nos impactos da permissão suscitada pelo YouTube em seus termos de uso (providas do DMCA) sobre práticas abarcadas pelo Fair Use, sobre condutas praticadas no cenário digital brasileiro (se ele assim pode ser definido). Graças à independência das redes digitais dos espaços geográficos, a internet possui o potencial de produzir efeitos multinacionais, causando dúvidas quanto à aplicação do direito, em virtude da perda da noção de territorialidade. Seria, dessa forma, a regulação estadunidense acerca da proteção autoral aplicável à realidade brasileira do YouTube?

É certo que o Fair Use não possui previsão expressa ou direta no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes como é proposto na Lei de Copyright norte-americana. Contudo, a Lei 9.610/98<sup>26</sup> apresenta previsão equivalente em seu art. 46, VIII, autorizando a limitação do direito autoral em circunstâncias em que o uso não da obra não consista em mera reprodução. O dispositivo delinea elementos fundamentais do Fair Use, como a necessidade de verificação de finalidade transformativa, da devida proporcionalidade do uso, e da ausência de prejuízo à exploração da obra.

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Também no art. 47 da LDA evidencia-se intenção semelhante à do legislador estadunidense, ao permitir paráfrases e paródias que apresentem efetivo caráter transformativo, conforme os ditames do Fair Use:

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Pode-se de dizer, portanto, que o dispositivo da lei brasileira apresenta claras familiaridades em relação à doutrina americana, sendo capaz de englobar grande parte do espectro de casos de usos protegidos pelo Fair Use. O princípio basilar que justifica a intervenção no direito do autor permanece preservado: o incentivo à produção criativa e colaborativa. Os usos permitidos não se valem da obra protegida para mera cópia ou proveito econômico, mas sim como recurso para o desenvolvimento de novas obras, que com ela estabeleçam uma forma de comunicação que faça delas mais ricas criativamente.

Ademais, no âmbito do direito internacional, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, recepcionada pelo ordenamento brasileiro através do Decreto n. 75.699<sup>27</sup>, de 6 de maio de 1975, prevê também instituto semelhante ao Fair Use. A chamada Regra dos Três Passos, descrita em seu art. 9, autoriza seus

26 BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em 14/10/16

27 BRASIL. **Decreto nº 75.699**, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D75699.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm)>. Acesso em 14/10/16

signatários a permitirem a reprodução livre das obras intelectuais, artísticas e científicas em “casos especiais”:

#### ARTIGO 9

[...]

2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

As circunstâncias exigidas para consolidação da referida exceção, não por acaso, seguem as mesmas diretrizes da doutrina norte-americana, restringindo sua aplicação a I) hipóteses especiais, em que II) a reprodução não interfira na exploração da obra, e III) não prejudique injustificadamente os interesses do autor. É notória a semelhança dos requisitos e do propósito que reveste a regra, restando a conclusão de que o direito internacional, no que diz respeito à tutela dos direitos autorais, reconhece a relevância desta forma de limitação para a propagação da produção intelectual em todas as suas formas.

A jurisprudência pátria tem sido cenário de disseminação de uma tendência de reinterpretação das limitações impostas pela LDA. Elas passam a serem vistas como um rol meramente exemplificativo, sob a luz da funcionalização dos direitos autorais em nome da concretização de direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, de culto, e o acesso à informação e cultura. Esse entendimento tem levado as cortes a analisar os casos de lesões e cobranças de direitos autorais em seu contexto fático, ponderando os fatores trazidos pela Regra dos Três Passos e pelo Fair Use na aplicação do direito.

Tem-se como exemplo desse movimento o Recurso Especial 964.404 – ES, em que o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, diante do litígio acerca da cobrança de direitos autorais do ECAD sobre evento religioso, eximiu a recorrente Mitra Arquidiocesana de Vitória da cobrança. Ressaltou que o evento, por não possuir fins lucrativos, “com entrada gratuita e finalidade exclusivamente religiosa – não conflita com a exploração comercial normal da obra (música ou sonorização ambiental), assim como, tendo em vista não constituir evento de grandes proporções, não prejudica injustificadamente os legítimos interesses dos autores.”.

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMCTRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais “não conflita com a utilização comercial normal de obra” e “não prejudica injustificadamente os interesses do autor”.

V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(STJ – REsp 964.404 - ES. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 15 de março de 2011).<sup>28</sup>

Ainda que não haja completa identidade entre a regulação do “uso justo” na LDA e na Lei de Copyright, seus fundamentos ecoam pelo judiciário brasileiro, sendo notável o progressivo reconhecimento de sua legitimidade como excepcional restrição aos direitos autorais, como observado no trecho extraído da decisão sobre o Agravo Regimental em Agravo N. 2012.013142-9/0001-00, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul:

Sua responsabilidade far-se-á, penso, em conformidade com a doutrina do fair use, ou do uso justo da obra disponível inclusive na internet, caso em que pode ser usada sem autorização do autor, como diz o artigo 47 da lei dos direitos autorais, para fins de paráfrase ou paródias [...].<sup>29</sup>

Nesses termos, entende-se que os mecanismos de tutela dos direitos autorais empregados pelo YouTube, pautados no modelo “notice-and-takedown” de imputação de responsabilidade, herdado do DMCA; e as limitações aos direitos autorais impostas pelo Fair Use, poderiam, a princípio, se aplicar ao ordenamento jurídico brasileiro. A conclusão, no entanto, merece ressalvas, visto que o entendimento não é plenamente consolidado, cabendo observar o desenrolar dessas questões na jurisprudência pátria e aguardar pela promulgação de um dispositivo legal específico que elucide a temática.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos autorais é, em sua essência, cercada de controvérsias, que têm se multiplicado com a ampliação do uso da internet e a popularização do compartilhamento de conteúdo online. O ambiente globalmente conectado viabiliza um fluxo extremamente acelerado de informação, com efeitos exponenciais, em muitos casos impossíveis de serem contidos. A dinâmica da rede apresenta novos desafios não regulados pela legislação vigente de direitos autorais, exigindo adaptações aos modelos inéditos de divulgação e comercialização das obras e às flexibilizações resultantes de uma visão renovada sobre o rico potencial de criação colaborativo da era da informação.

Nesse contexto, é preciso criar mecanismos que assegurem a tutela de garantias básicas aos artistas, cientistas e criadores, que garantam um ambiente propício para fomentar a continuidade de seu trabalho, bem como não imponham restrições drásticas ao acesso às obras, que possa interferir no acesso à cultura e informação e impor barreiras desnecessárias à criatividade. Esse equilíbrio só é alcançado com uma análise cuidadosa dos casos apresentados, avaliando interesses e prejuízos, para determinar a identificação de uma efetiva lesão aos direitos do titular da obra.

O cuidado demandado por esse processo enseja grandes questionamentos

28 STJ. REsp 964.404 - ES (2007/0144450-5). Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 15 de março de 2011 (DJe 23/05/2011). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701444505&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 06/12/16

29 TJMS. Agravo Regimental em Agravo : AGR 13142 MS 2012.0131429/0001.00. 4ª Câmara Cível. Des. Paschoal Carmello Leandro. Julgado em 05/06/2012. (DJE: 21/06/2012). Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=0100096CU0010&nuloProcesso=2012.013142-9/0001.00#>>>. Acesso em: 06/12/16.



acerca dos métodos que têm sido utilizados para o combate a infrações de direitos autorais, em especial no âmbito do YouTube, alicerçado em um sistema de imputação de responsabilidade que imuniza o provedor de serviço, deixando, em certa medida, a cargo do titular do direito o poder de autotutela. As notificações de infração, em todas as suas modalidades, embora aproximem o criador da defesa de seus interesses, também podem transformar-se em potenciais instrumentos de abuso de poder, utilizados, conforme diversos relatos, de forma arbitrária e até mesmo predatória, como mecanismo de censura virtual.

A busca por modelos mais adequados de proteção enfrenta questões como a necessidade de celeridade no procedimento, com o mínimo de burocracia e judicialização; sem, ao mesmo tempo, se negligenciar as garantias processuais de contraditório e ampla defesa. Por isso são propostas diversas soluções, com diferentes níveis de intervenção externa, mas ainda não é possível verificar objetivamente seus potenciais efeitos, tampouco propor estratégias práticas de aperfeiçoamento.

Grandes progressos foram feitos, nesses últimos anos, quanto à elaboração de parâmetros legais para reger as interações no meio digital. O Direito Autoral, no entanto, parece permanecer esquecido ou ignorado pelo legislador brasileiro, que não foi capaz de articular diretrizes objetivas no Marco Civil da Internet. As propostas de atualização da lei de Direitos Autorais foram igualmente decepcionantes, continuando a regulamentação de tais direitos fora de sintonia com os tempos em que se aplicam. É preciso reconhecer que a revolução na forma como se consome cultura não retrocederá e uma definição deve ser alcançada para que a inovação não perca seu fôlego.

## 4. REFERÊNCIAS

DEMATINI, Felipe. **O que fazer contra Flags e Strikes no YouTube?**, 2014. Disponível em: <<http://newgameplus.com.br/o-que-fazer-contras-flags-e-strikes-no-youtube/>>. Acesso em: 12/10/16.

GABRIEL, Brian. **Internet Creators Are Pressuring Youtube To Respect Fair Use Laws**, 2016. Disponível em: <<http://www.cartoonbrew.com/law/internet-creators-pressuring-youtube-respect-fair-use-laws-137274.html>>. Acesso em: 14/10/16

HAX, Noob. **YouTube Fair Use Controversy**, 2016. Disponível em: <<http://knowyourmeme.com/memes/events/youtube-fair-use-controversy>>. Acesso em: 14/10/16

JASSIN, Lloyd J. **Fair Use in a Nutshell: A Practical Guide to Fair Use**. Disponível em: <<http://www.copylaw.org/p/normal-0-false-false-false-en-us-x-none.html>>. Acesso em: 06/12/16

KRAJEWSKI, Jake. **YOUTUBE, WHERE'S THE FAIR USE?**, 2016. Disponível em: <<http://reporter.rit.edu/features/youtube-wheres-fair-use>>. Acesso em: 14/10/16

LEONARDI, Marcel. **Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet**, 2012. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 04/10/16.

MCARTHUR, Stephen. **How to Beat a YouTube ContentID Copyright Claim – What every Gamer and MCN Should Know**, 2014. Disponível em: <[http://www.gamasutra.com/blogs/StephenMcArthur/20140624/219589/How\\_to\\_Beat\\_a\\_YouTube\\_ContentID\\_Copyright\\_Claim\\_What\\_every\\_Gamer\\_and\\_MCN\\_Should\\_Know.php](http://www.gamasutra.com/blogs/StephenMcArthur/20140624/219589/How_to_Beat_a_YouTube_ContentID_Copyright_Claim_What_every_Gamer_and_MCN_Should_Know.php)>. Acesso em: 12/10/16.

OLSON, Christina. **A Practical Guide to the Fair Use Doctrine in American Copyright Law**, 2005. Disponível em: <[https://cyber.harvard.edu/archived\\_content/events/Signal-NoiseBBFINAL.pdf](https://cyber.harvard.edu/archived_content/events/Signal-NoiseBBFINAL.pdf)>. Acesso em: 06/12/16

POLI, L. M. **Direito Autoral: Parte Geral**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro**. Disponível em: <<http://www.andersonschreiber.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 29/11/16.

SELTZER, Wendy. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 24, p. 171, March 1, 2010. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech171.pdf>>. Acesso em: 12/10/16.

SOUZA, Allan Rocha de; SCHIRRU, Luca. Os direitos autorais no marco civil da internet. Políticas de informação e marcos regulatórios da internet, **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v.12, n.1, p. 40-56, maio 2016. Disponível em: <<http://liinc.revista.ibict.br/index.php/liinc/issue/view/48>>. Acesso em: 12/10/16.

TOSCANO, E. N. P.; MORAIS, A. M.. **O Marco Civil da Internet Como Novo Paradigma Para a Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços da Rede: O Judicial Notice And Takedown**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=253>>. Acesso em: 05/12/16.

STJ. **REsp 964.404 - ES (2007/0144450-5)**. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 15 de março de 2011 (DJe 23/05/2011). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701444505&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 06/12/16

\_\_\_\_\_. **REsp 1.396.417-MG**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07 de novembro de 2013 (DJe 25/11/2013). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302517510&dt\\_publicacao=25/11/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302517510&dt_publicacao=25/11/2013)>. Acesso em: 05/12/16.

TJMS; **Agravo Regimental em Agravo : AGR 13142 MS 2012.0131429/0001.00**. 4ª Câmara Cível. Des. Paschoal Carmello Leandro. Julgado em 05/06/2012. (DJE: 21/06/2012). Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&C-DP=0100096CU0010&nuProcesso=2012.013142-9/0001.00#>>. Acesso em: 06/12/16.

TJSP. **Apelação N. 1000579-34.2014.8.26.0100**. 3ª Câmara de Direito Privado. Relatora Marcia Dalla Déa Barone. Julgado em 17 de dezembro de 2015 (DJe 21/10/2016). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1000579-34.2014&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=1000579-34.2014.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 06/12/16.

UNITED STATES OF AMERICA, **17 U.S.C. United States Code, 2010 Edition. Title 17 - COPYRIGHTS**

**CHAPTER 1 - SUBJECT MATTER AND SCOPE OF COPYRIGHT. Sec. 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use**. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/US->

[CODE-2010-title17/html/USCODE-2010-title17-chap1-sec107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2010/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 14/10/16

BRASIL. **Decreto no 75.699**, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D75699.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm)>. Acesso em 14/10/16

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em 14/10/16

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 15/10/16



# O NETFLIX E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS<sup>1</sup>

Loni Melillo Cardoso<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A expansão da Internet para uso doméstico torna institutos jurídicos ligados a uma realidade analógica rapidamente obsoletos, instituindo um universo jurídico virtual cuja regulamentação permanece um desafio ao Direito. O presente trabalho tem por objetivo analisar o Netflix, apontar quais mecanismos de proteção internacional da propriedade intelectual recobrem a disseminação de conteúdo audiovisual por *streaming*. Em seguida, busca-se identificar possíveis falhas nessa relação, em cotejo com os dispositivos internacionais aplicáveis: a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886 (“Convenção de Berna”), a Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão de 1961 (“Convenção de Roma”), o Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual ligados ao Comércio (TRIPS), o Tratado sobre Direitos de Autor (WCT) e o Tratado sobre Execução ou Interpretação e Fonogramas (WPPT), ambos de 1996 e o Tratado de Pequim Sobre Performances Audiovisuais (AVP).

Pretende-se de um lado identificar como os institutos jurídicos existentes se enquadram à realidade do *streaming*, e de outro levantar as limitações ao sistema decorrentes de regulamentação insuficiente. Busca-se conceituar tecnologicamente o *streaming* a fim de diferenciá-lo de outras modalidades de transmissão disponíveis no mercado e passa-se ao teste de aplicabilidade entre as disposições internacionais vigentes relacionadas aos direitos de autor e direitos conexos e a distribuição de conteúdo via *streaming*. Ao final, pretende-se verificar que a regulamentação jurídica do *streaming* pelos dispositivos atuais de proteção à propriedade intelectual é ainda imperfeita, em decorrência da disparidade entre o desenvolvimento tecnológico e a produção normativa internacional.

## 2. DISCIPLINA INTERNACIONAL DO DIREITO DE AUTOR E DIREITOS CONEXOS EM OBRAS AUDIOVISUAIS

### 2. 1. Os sistemas das Convenções de Roma e Berna: tecnologias analógicas de transmissão

A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886<sup>3</sup> (“Convenção de Berna”) prevê amplo conjunto de padrões mínimos de proteção a ser adotados por seus Estados-membros, independentemente de sua tradição jurídica, e marca a consagração da proteção internacional multilateral dos direitos de propriedade intelectual relacionados a obras literárias e artísticas. Contudo, seu regime exige ade-

1 Síntese do estudo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do Prof. Fabrício Bertini Pasquot Polido, apresentado em julho de 2016

2 Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, advogado do Coimbra & Chaves Advogados, lonimelillo@gmail.com.

3 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works**. Disponível em <[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=283698](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698)> , acesso em 22/03/2016.

quações sucessivas, uma vez que o surgimento de novos meios de transmissão e consumo de obras protegidas leva à constante obsolescência das previsões vigentes e exige que o sistema de adequação para garantir que seus padrões protetivos continuem a se aplicar. Nesse sentido, o surgimento e a expansão de novas tecnologias de acesso a obras literárias e artísticas – o rádio, a televisão, os meios analógicos e digitais de gravação de mídias e a Internet, por exemplo – exigiram que o sistema da Convenção de Berna se adaptasse a fim de continuar a garantir a efetiva proteção aos direitos que contém.

A complementação do sistema da união de Berna introduzida pela Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão celebrada em Roma em 1961<sup>4</sup> (“Convenção de Roma”) incorporou àquele corpo normativo a regulamentação dos direitos conexos ao direito de autor num contexto em que o rádio predominava como forma de consumo de obras e a televisão despontava como novo meio de comunicação de massa. Assim, a Convenção de Roma se preocupa em fornecer instrumentos relacionados não apenas a cópias de obras, mas também à sua distribuição para o público. Nesse sentido, a Convenção avança na definição de direitos conexos ao direito de autor<sup>5</sup>, ao diferenciar os conceitos de reprodução – “ato de fazer uma cópia ou cópias de uma obra fixada”<sup>6</sup> – e radiodifusão, ou *broadcasting* – “transmissão por meios sem fio para a recepção pública de sons ou sons e imagens”<sup>7</sup> –, ambos previstos no Art. 3º e que serão retomados nas proposições normativas posteriores. Conforme explicitado pelos comentários da própria OMPI, o conceito de radiodifusão previsto na Convenção de Roma se dedica a cobrir tecnologias analógicas específicas de transmissão, mais especificamente o rádio e a televisão.<sup>8</sup> Dessa forma, embora suprisse as demandas por regulamentação da transmissão analógica de obras para o público de massa, a Convenção de Roma excluía do escopo de sua proteção outras formas de transmissão de conteúdo já então existentes, a exemplo da televisão a cabo.

## 2.2 Os avanços do TRIPS

O Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual ligados ao Comércio (TRIPS) faz referência direta ao corpo da Convenção de Berna em seu Artigo 9 (1), que exige que os Estados-membros observem as disposições dos vinte e um primeiros artigos daquela Convenção.<sup>9</sup> Além disso, o TRIPS inova no sentido de incluir novos conceitos sob a égide do sistema protetivo dos direitos de autor e conexos, que se tornam obrigações subjeti-

---

4 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations**. Disponível em <[http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file\\_id=289757](http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=289757)>, acesso em 22/03/2016.

5 “Neighboring rights”, conforme comentários da OMPI no Guia à Convenção de Roma: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention**. p. 8. Disponível em <[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/617/wipo\\_pub\\_617.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/617/wipo_pub_617.pdf)>, acesso em 14/04/2016. Vide também BARROS, Maria Eugênia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**. p. 135 e ss, 1ª ed. Aracaju: Evocati, 2007.

6 “making of a copy or copies of a fixation”, na versão autêntica em inglês.

7 “transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds”, na versão autêntica em inglês.

8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention**. p. 24. Disponível em <[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/617/wipo\\_pub\\_617.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/617/wipo_pub_617.pdf)>, acesso em 14/04/2016.

9 “Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.”, no texto autêntico em inglês. A exceção ao Artigo 6bis da Convenção de Berna, que dispõe sobre direitos morais do autor de obras protegidas é notória. Tal técnica, que torna oponíveis aos membros do TRIPS obrigações assumidas em acordos multilaterais preexistentes, a exemplo da Convenção de Berna, recebe o nome de incorporação por referência, Cf. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, princípios e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 247.



vas e procedimentais oponíveis aos membros da OMC,<sup>10</sup> resultando em aprofundamento e elevação dos níveis de proteção internacional.

Em relação aos direitos subjetivos garantidos aos autores, o TRIPS assegura a autores de programas de computadores, obras cinematográficas e performances registradas em fonogramas o direito exclusivo de autorizar o aluguel comercial daquelas obras, em original ou cópias.<sup>11</sup> O TRIPS permite ainda o aluguel comercial de fonogramas, nos termos de seu Artigo 14 (4), hipótese sem previsão em dispositivos anteriores. Para os propósitos do presente trabalho é particularmente relevante, como se verá na seção 2, a ressalva de que o direito de aluguel comercial não se aplica a obras cinematográficas a menos que o aluguel comercial de tais obras tenha levado à ampla produção de cópias que afete em sua substância do direito de autorizar a reprodução de que dispõe o autor, conforme Artigo 9 da Convenção de Berna, incorporado por referência ao TRIPS.<sup>12</sup>

Além disso, o Artigo 14 do TRIPS confere direitos específicos aos artistas, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão. Aos artistas é garantida a faculdade de autorizar a fixação de suas performances em mídia e a reprodução de tais fixações, bem como a radiodifusão por meios sem fio ou a transmissão ao público de suas performances ao vivo.<sup>13</sup> Aos produtores de fonogramas é assegurado o direito de autorizar a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas, nos mesmos moldes previstos na Convenção de Roma. Por fim, às organizações de radiodifusão o TRIPS garante o direito de autorizar a fixação de suas transmissões, bem como as reproduções de tais fixações, bem como a retransmissão por meios sem fio ou comunicação ao público por meios televisivos do conteúdo que transmitem.

Além das inovações substantivas no campo dos direitos de autor e direitos conexos, e de reforçar os princípios do tratamento nacional e da proteção mínima, o TRIPS inova em seu Artigo 4 ao prever a obrigação dos Estados-membros de concederem, entre si, o tratamento nacional mais favorável. Nos termos daquele artigo, qualquer vantagem, benefício, privilégio ou imunidade garantido por qualquer membro aos nacionais de qualquer outro país deverá, automaticamente, ser aplicável a qualquer outro Estado-membro do acordo. Trata-se de um princípio de direito internacional comercial trazido para o âmbito dos direitos de propriedade intelectual<sup>14</sup> que, como se verá de forma mais aprofundada na seção 3 deste estudo, resulta em considerável aprofundamento das obrigações mútuas assumidas pelos Estados contratantes.

### 2.3. Os tratados da OMPI de 1996: regulamentação digital incipiente

O Tratado sobre Direitos de Autor (WCT) e o Tratado sobre Execução ou Interpretação e Fonogramas (WPPT), ambos de 1996, vêm superar controvérsias do direito internacional da propriedade intelectual decorrentes do surgimento da Internet, as quais

---

10 Cf. POLIDO, *op. cit.*, p. 3.

11 Artigo 11.

12 O TRIPS faz referência direta ao corpo da Convenção de Berna em seu Artigo 9 (1), que exige que os Estados-membros observem as disposições dos vinte e um primeiros artigos daquela Convenção, incorporando-os por referência ao acordo. Cf. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito internacional da propriedade intelectual**. *Op.cit.*, p. 247.

13 Nota-se aqui um estreitamento conceitual em relação a dispositivos anteriores: o direito é garantido apenas quanto à fixação em fonogramas, e não em qualquer mídia, conforme previa o Artigo 7 (1) da Convenção de Roma. Nota-se, ainda, que a ausência de definição do que seja um fonograma permite concluir que se aplica a definição do Artigo 3 (b) da Convenção de Roma, isto é, uma fixação exclusivamente auditiva dos sons de uma performance.

14 Cf. GOLDSTEIN; HUGUENHOLTZ. **International Copyright: Principles, Law and Practice**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 84-86.

não se encontravam plenamente compreendidas pelo sistema da Convenção de Berna, que não recebera atualizações desde a Conferência de Paris de 1971. Aqueles tratados incorporam também disposições do TRIPS, introduzindo-as no sistema da OMPI, de modo a especificar e aprofundar os conceitos de dispositivos anteriores sobre direitos de autor e direitos conexos, adequando-os à realidade digital.

O WCT se preocupa fundamentalmente em confirmar e expandir a proteção concedida a obras literárias e artísticas no ambiente digital, em relação direta com o corpo normativo principal da Convenção de Berna.<sup>15</sup> Nesse esforço, diversas disposições do TRIPS são aproveitadas e transportadas para o sistema da união de Berna: os programas de computador são expressamente reconhecidos como trabalhos literários para os fins da proteção de direito de autor, “qualquer que seja seu modo ou forma de expressão”<sup>16</sup>; as compilações de dados ou outros cuja metodologia de organização possa ser considerada criação intelectual também são trazidas expressamente para o escopo da proteção;<sup>17</sup> e os Estados-partes da OMPI consignam que a proteção do direito de autor recai sobre expressões de criação, e não sobre ideias em si.<sup>18</sup>

Alguns direitos conexos de conteúdo econômico também recebem disciplina no WCT. Assim, o Artigo 6 confere aos autores o direito de distribuição do original e das cópias de seus trabalhos autênticos, assim definida como a disponibilização ao público das obras por meio de venda ou qualquer outra transferência de propriedade. O artigo seguinte confere aos autores de programas de computadores, obras cinematográficas e performances registradas em fonogramas o direito exclusivo de autorizar o aluguel comercial daquelas obras, em original ou cópias. Para os propósitos do presente trabalho, é particularmente relevante, como se verá na seção 2, a ressalva do Artigo 7 (2) (ii), que prevê que o direito de aluguel comercial não se aplica a obras cinematográficas a menos que o aluguel comercial de tais obras tenha levado à ampla produção de cópias que afete em sua substância do direito de reprodução previsto no Artigo 6 do WCT.

Se o WCT se relaciona principalmente aos direitos materiais de autor no corpo da Convenção de Berna, o WPPT introduz atualização análoga da disciplina dos direitos conexos ao direito de autor, relacionando-se principalmente ao texto da Convenção de Roma. Dessa forma, esse último tratado dispõe com maior minúcia sobre os direitos garantidos àqueles que produzem, executam, reproduzem ou divulgam fonogramas ante a emergência das mídias digitais, sejam eles de natureza econômica ou não. Assim, o WPPT garante aos artistas que executam obras musicais (*performers*) o direito moral à identificação como produtor de determinada obra, mesmo quando já não for o detentor dos direitos econômicos sobre a obra em questão. Igualmente, aos artistas é assegurado o direito econômico exclusivo de autorizar a difusão, comunicação ao público ou fixação de suas performances em mídia distribuível; o direito de autorizar a reprodução direta ou indireta, a distribuição ou a disponibilização ao público, o aluguel comercial de seus trabalhos.<sup>19</sup> O WPPT assegura, ainda, o direito à remuneração equitável dos artistas e produtores de fonogramas.<sup>20</sup>

---

15 *Idem*, pp. 32 e ss.

16 Artigo 4. “Whatever may be their mode or form of expression”, no texto autêntico em inglês. A proteção conferida pelo WCT é materialmente mais ampla, já que a ampliação do objeto para qualquer forma de expressão dos programas de computador está ausente do TRIPS.

17 Artigo 5. Observa-se que a proteção recai sobre a criação intelectual relacionada à seleção ou criação da base de dados, não sobre os dados ou informações em si, conforme expressamente ressaltado no texto do Tratado.

18 Artigo 2.

19 Artigos 5 a 8, no tocante aos direitos dos artistas, e 11 a 14, no tocante aos direitos dos produtores de fonogramas.

20 Artigo 15.

É notável, contudo, a preocupação dos tratados de 1996 sobre a disciplina dos direitos conexos de conteúdo econômico na era da Internet: ambos os tratados contêm disposições sobre a difusão (*broadcasting*) de obras, que se torna a principal preocupação dos detentores de direitos de autor e direitos conexos num cenário em que um novo meio de comunicação de massa de alcance sem precedentes emerge. Assim, o direito de disponibilização previsto no WPPT transporta e incorpora as disposições sobre o direito de comunicação ao público previsto no WCT. O WPPT introduz, contudo, peculiaridades relevantes sobre a definição de *broadcasting* em seu Artigo 2 (f), que retoma o texto da Convenção de Roma e informa que *broadcasting* deve ser entendido como “a transmissão por meios sem fio para recepção pública de sons ou de imagens e sons, ou das representações destes”, observando ainda que a transmissão via satélite também deve ser considerada *broadcasting*, assim como a transmissão de sinais criptografados sempre que os meios para descriptografiação forem fornecidos ao público pela organização transmissora ou com o consentimento desta.<sup>21</sup> Ainda, ambos os tratados prevêem a extensão do direito de autorizar a disponibilização ao público quando esta ocorrer por meios cabeados ou sem fio e de modo que o público possa acessá-los em locais ou momentos do público escolhidos individualmente escolhidos por cada usuário.<sup>22</sup>

Trata-se de considerável avanço no sentido de precisar o escopo da proteção do sistema da união de Berna, na esteira dos avanços do TRIPS, mas também de expandir os limites daquele sistema sobre o ambiente digital. Nota-se, também, que o texto adotado indica uma preocupação dos Estados-partes em equilibrar os interesses dos autores e/ou detentores dos direitos sobre as obras e o interesse público dos usuários, num contexto em que a Internet vinha ampliar a possibilidade de acesso a obras de uma maneira sem precedentes. Conforme observa Polido, o reconhecimento de que os ambientes digitais interconectados introduziram uma nova realidade amplamente mutável no gerenciamento de obras protegidas parece ser uma das mais significativas mudanças de abordagem na proteção internacional dos direitos de autor na era pós-OMC.<sup>23</sup>

No entanto, os avanços do WCT e do WPPT encontram limites decorrentes tanto do estado da arte da tecnologia de informação no momento de sua produção – especialmente considerando-se que, em meados da década de 1990, os países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, que correspondem a boa parte dos membros da OMPI, não se encontravam ainda tecnologicamente preparados para a adoção de padrões normativos voltados para a Internet –<sup>24</sup>, quanto em decorrência de seu conteúdo. Durante as discussões que levaram à celebração dos tratados, as delegações se propuseram a discutir também os direitos de artistas sobre o conteúdo produzido, bem como questões relacionadas à transferência desses direitos a terceiros, de modo a oferecer aos artistas proteção semelhante à conferida pelo WPPT a produtores de fonogramas. No entanto, à época das discussões, os negociadores encontraram clivagens insuperáveis em seus interesses a matéria foi excluída dos acordos finais.<sup>25</sup> Dessa forma, as disposições dos

---

21 “‘broadcasting’ means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds or of the representations thereof; such transmission by satellite is also “broadcasting”; transmission of encrypted signals is “broadcasting” where the means for decrypting are provided to the public by the broadcasting organization or with its consent”, no texto original em inglês.

22 WCT, Artigo 8; WPPT, Artigo 10.

23 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito internacional da propriedade intelectual**. *Op.cit.*, p. 266.

24 *Idem*, p. 265.

25 Cf. FELMETH, Aaron. Introductory Note to the Beijing Treaty on Audiovisual Performances. **International Legal Materials**, v. 51, nº 6, 2012, pp. 1211-1222. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlm51&start\\_page=1211&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults&id=1315](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlm51&start_page=1211&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&id=1315)>, consulta em 30/05/2016; e NURTON, James. *The Long Journey to Beijing. Managing Intellectual Property*, v. 218, 2012, pp. 42-51. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/manintpr218&start\\_page=42&collection=journals&set\\_as\\_cursor=1&men\\_tab=srchresults#&id=44](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/manintpr218&start_page=42&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults#&id=44)>, acessado em 30/05/2016.

Tratados de Internet, conquanto fortuitas em relação às possibilidades oferecidas pela Internet, pela televisão cabeada ou pela comunicação via satélite nos últimos anos do século XX, se circunscrevem inevitavelmente àquelas mesmas possibilidades, num momento em que o potencial da Internet enquanto meio de comunicação de massa ainda era incipiente. Conforme se verificará na seção 2 deste trabalho, o desenvolvimento de tecnologias de transmissão virtual de conteúdo nos últimos vinte anos, e especificamente o advento do *streaming* interativo audiovisual desafia a aplicabilidade daqueles conceitos.

## 2.4. Evoluções posteriores

### 2.4.1. Oitava sessão do Comitê Permanente da OMPI Sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos

Já em 2002, os membros da OMPI revelavam sua preocupação com a emergência de novas tecnologias de transmissão de conteúdo via Internet. Não por acaso, o Comitê Permanente da OMPI sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos dedicou os trabalhos de sua oitava sessão, sediada em Genebra entre 4 e 8 de novembro de 2002, à discussão dos direitos de autores e dos direitos das organizações de radiodifusão no ambiente digital.

Nesse sentido, a Delegação dos Estados Unidos fez importante contribuição aos trabalhos do Comitê, ao submeter à apreciação dos demais membros um esboço de tratado a ser adotado pela OMPI em relação à matéria. Nos termos da manifestação do delegado daquele país, a proposta fora produzida após consultas com diversos agentes interessados no mercado, incluindo detentores de direitos sobre conteúdo, organizações de radiodifusão, organizações de transmissão a cabo (*cablecasting*) e organizações de transmissão via Internet (*webcasting*). Conforme sustentado naquela ocasião, as propostas de texto para um novo tratado em relação ao assunto submetidas por outros países se limitavam à radiodifusão tradicional, ou equiparavam a transmissão a cabo (*cablecasting*) e à transmissão via Internet (*webcasting*), o que, na visão da delegação norte-americana, fornecia uma solução incompleta para os desafios em discussão.<sup>26</sup>

De fato, a introdução de um conceito específico para a transmissão via Internet (*webcasting*) é absolutamente inovadora e, provavelmente, fundada nas possibilidades do mercado de mídia daquele país, bem como na avançada oferta de acesso de banda-larga à Internet, realidade bastante distinta da de boa parte dos demais países. Assim, a transmissão via Internet, ou *webcasting*, é definida no Artigo 2 (a) da proposta de texto submetida pelos Estados Unidos como “a disponibilização à recepção pública de transmissões de sons, imagens ou sons e imagens, ou as representações destes, por meios cabeados ou sem fio em uma rede de computadores”, esclarecendo-se ainda que “tais transmissões, caso criptografadas, serão consideradas transmissões via Internet quando os meios para descryptografiação forem fornecidos ao público pela organização de transmissão via Internet ou com o consentimento destas”, e ainda que a “transmissão via Internet e outras transmissões em rede de computadores por meios cabeados ou

---

26 A delegação deixou claro, contudo, que as diferenças entre as diversas tecnologias de transmissão precisariam, ainda, ser atualizadas, e exigiriam a identificação dos direitos a serem atribuídos a cada espécie de organização. Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Anais da Oitava Sessão do Standing Committee on Copyright and Related Rights**. p. 6. Disponível em <[http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting\\_id=4692](http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=4692)>, consultado em 29/05/2016.

sem fio não deverão ser entendidas como radiodifusão ou transmissão a cabo”.<sup>27</sup>

Trata-se do primeiro conceito apto a capturar a realidade da transmissão de conteúdo audiovisual pela Internet proposto no foro a OMPI, e uma evidente marca da necessidade de regulamentação deste tipo emergente de transmissão no âmbito da organização. No entanto, as disparidades de interesses entre os Estados-membros do Comitê impediram que a Oitava Sessão produzisse normas concretas sobre o assunto.

## 2.4.2. Tratado de Pequim sobre performances audiovisuais

A celebração do Tratado de Pequim Sobre Performances Audiovisuais (AVP) representa o primeiro avanço material significativo nas normas internacionais de direito de autor produzidas no âmbito da OMPI desde 1996,<sup>28</sup> satisfazendo as demandas de representantes de artistas do setor audiovisual por proteção de seus direitos.<sup>29</sup> O tratado promove uma necessária atualização dos conceitos ligados à proteção de obras, para refletir os avanços tecnológicos dos últimos dezesseis anos, e resulta notavelmente de negociações capitaneadas três grandes mercados produtores de obras audiovisuais ligados a grupos regionais de interesses distintos – Estados Unidos, México e Índia.<sup>30</sup>

Dessa maneira, o Artigo 2 (b) do AVP define fixação audiovisual como o conjunto de imagens em movimento, acompanhadas ou não por sons, que possa ser percebido, reproduzido ou comunicado por meio de um aparelho.<sup>31</sup> A definição quanto ao acesso às obras protegidas retoma a previsão do Artigo 2 (c) do WPPT, e revela a preocupação dos Estados-membros em estender a proteção em um cenário de proliferação dos meios de acesso a obras audiovisuais. Por outro lado, a definição de radiodifusão do Artigo 2 (c) do AVP retoma *ipsis litteris* aquela prevista no Artigo 2 (d) da Convenção de Roma, marcando a rejeição à distinção proposta na Oitava Sessão do Comitê Permanente da OMPI sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos pelos Estados Unidos de diferenciação entre os conceitos de radiodifusão, transmissão a cabo e transmissão via Internet.

Os Artigos 5 a 9 do AVP conferem aos artistas direitos até então inéditos para aquela classe, mas já conferidos aos produtores de fonogramas pelo WPPT e dispositivos normativos anteriores. Assim, conferem-se aos artistas os direitos morais a identificação de sua autoria, bem como o direito de impedir distorções ou mutilações de sua obra. Também são garantidos o direito de autorizar a fixação de suas performances, bem como a radiodifusão e comunicação ao público de performances não fixadas<sup>32</sup>, de autorizarem a reprodução direta ou indireta de suas performances fixadas em fixações audiovisuais, em qualquer maneira e forma, e de autorizar a distribuição e o aluguel de performances fixadas. Satisfazem-se, dessa maneira, as demandas da classe

---

27 “making accessible for public reception of transmissions of sounds, images, or sounds and images or the representations thereof, by wire or wireless means over a computer network. Such transmissions, when encrypted, shall be considered as “webcasting” where the means for decrypting are provided to the public by the webcasting organization or with its consent. Webcasting and other computer network transmissions, whether by wire or wireless means, shall not be understood as “broadcasting” or “cablecasting”, no original em inglês. Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Draft WIPO Treaty for the Protection of the Rights of Broadcasting, Cablecasting and Webcasting Organizations submitted by the Delegation of the United States of America.** Disponível em <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_8/sccr\\_8\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_8/sccr_8_7.pdf)>, consultado em 29/05/2016.

28 Cf. FELMETH, Aaron. Introductory Note to the Beijing Treaty on Audiovisual Performances. *Op. cit.*, p. 1212.

29 O Screen Actors Guild, representante da classe artística de Hollywood e a Federação Internacional de Músicos, por exemplo, são apontados como importantes agentes das negociações que levaram ao Tratado de Pequim. Cf. NURTON, *op. cit.*, pp. 42-43.

30 Cf. NURTON, *op. cit.*, p. 44.

31 “the embodiment of moving images, whether or not accompanied by sounds or by the representations thereof, from which they can be perceived, reproduced or communicated through a device”, no texto autêntico em inglês.

32 Excetuum-se as performances que forem realizadas com o fim de serem transmitidas por radiodifusão ao vivo, conforme Artigo 6 (i) do AVP.



artística por proteção internacional dos direitos conexos ao direito de autor de conteúdo econômico, que passam a integrar os padrões mínimos de proteção exigidos dos membros da OMPI.<sup>33</sup>

O Artigo 11 do AVP confere aos artistas o direito de autorizar a radiodifusão e comunicação ao público de suas performances, mas é no Artigo 10 que se encontra a mais sensível inovação daquele texto: o direito exclusivo de autorizar a disponibilização de performances em fixações audiovisuais, por meios cabeados ou sem fio, para acesso em local e hora escolhidos individualmente pelo público.<sup>34</sup> O avanço em relação a novas tecnologias de transmissão é sensível, já que se compreende meios cabeados e também transmissões interativas nas quais o acesso à obra ocorre mediante iniciativa do usuário, possibilidades não compreendidas no conceito de radiodifusão do Artigo 2 (c). Nesse ponto, verifica-se que, embora o AVP não tenha se preocupado em incluir a transmissão por cabo e a transmissão via Internet em seu rol de conceitos, conforme proposto pelos Estados Unidos em 2002, o direito de autorização conferido aos artistas pelo Artigo 10 se aplica tanto à radiodifusão quanto às duas outras modalidades de transmissão, em um exemplo da confluência de interesses que possibilitou a celebração do tratado de Pequim.

Igual constatação se faz em relação ao Artigo 12 do AVP, que permite que a legislação nacional das partes contratantes preveja que o consentimento dos artistas à fixação de suas performances implique na transferência dos direitos conexos ao direito de autor previstos nos Artigos 7 a 11 para o produtor de tais fixações. A previsão de tal possibilidade representa a conciliação dos interesses dos agentes da indústria audiovisual e, conforme se verá nas seções seguintes, é fundamental para a adequação do sistema normativo internacional dos direitos de autor e direitos conexos à realidade do mercado ao qual tais direitos se aplicam.

As previsões do AVP consubstanciam, portanto, inegável progresso do sistema internacional de proteção dos direitos de autor. Apesar disso, o aperfeiçoamento normativo levado a cabo em Pequim não esgota as questões relacionadas à indústria audiovisual: o refinamento de conceitos e direitos se aplica aos artistas, e em certa medida aos produtores, mas não abrange as organizações de distribuição de conteúdo, de modo que se poderia cogitar de uma proteção assimétrica aos agentes do mercado audiovisual. Os direitos e obrigações dos consumidores de obras audiovisuais tampouco são mencionados, e a questão dos direitos morais conferidos aos artistas ainda é motivo de hostilidade ao texto aprovado em países menos abertos ao reconhecimento daqueles direitos.<sup>35</sup> Por fim, há que se observar que o AVP ainda não se encontra em vigor, contando, até o momento, apenas onze ratificações e acessões,<sup>36</sup> menos da metade do número exigido por seu Artigo 26 para sua entrada em vigor, o que permite questionar

---

33 As negociações do AVP levaram amplamente em consideração o fato de determinados membros da OMPI ainda não dispunham de mecanismos legislativos internos para proteção desse tipo de direito, de modo que a consagração de tais direitos no âmbito da OMPI representa, para os artistas daquelas Estados, a primeira garantia de seus direitos de autor e direitos conexos de conteúdo econômico. Cf. NURTON, *op. cit.*, pp. 44-45.

34 “Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them” no texto autêntico em inglês.

35 E.g., vide LANGE, David. From Berne to Beijing: A Critical Perspective. **Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law**, v. 16, nº 1, 2013, pp. 1-10. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanep16&start\\_page=1&collection=journals&set\\_as\\_cursor=5&men\\_tab=srchresults&id=9](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanep16&start_page=1&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults&id=9)>, acesso em 30/05/2016

36 Botsuana, Chile, China, Coréia do Sul, Japão, Catar, Moldova, Rússia, Eslováquia, Síria e Emirados Árabes Unidos, cf. rol de partes contratantes da OMPI, disponível em <[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=841](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=841)>, consultado em 31/05/2016.

a efetividade dos avanços alcançados.

### 3. DISTRIBUIÇÃO DE AUDIOVISUAL POR STREAMING: O NETFLIX

#### 3.1. Classificações de streaming e licenciamento

Conforme observa Fisher, a Internet possibilita, essencialmente, três maneiras distintas de acesso a conteúdo de áudio ou vídeo: (a) *downloads*, (b) *streaming* interativo, e (c) *streaming* não interativo. A primeira categoria é a mais tradicional e envolve a obtenção, via Internet, de uma cópia digital integral da obra de áudio ou vídeo, a qual é armazenada no dispositivo recipiente, para reprodução posterior. O *streaming*, mais recente, pode ser do tipo interativo, quando compreende a transmissão pela Internet de uma cópia digital de arquivo de áudio ou vídeo que é reproduzido, mas não armazenado, a partir de uma solicitação do usuário; ou não-interativo, caso em que compreende o mesmo processo de acesso ao conteúdo, mas independe de solicitação do usuário para acessar um conteúdo determinado.<sup>37</sup>

Dessa distinção surgem as principais diferenças entre o consumo de conteúdo por *downloads* e por *streaming*: em primeiro lugar, o *streaming* não permite aos usuários, em princípio, a obtenção de uma cópia permanente da obra, uma vez que ela é acessada apenas para sua reprodução; em segundo lugar, a reprodução é instantânea, ocorrendo ao mesmo tempo que a transferência do arquivo.<sup>38</sup> O *streaming* se afigura, então, como forma de acesso instantâneo e efêmero às obras via Internet, em contraposição ao acesso não instantâneo, porém permanente permitido pelos *downloads*. O *streaming* não-interativo é de natureza análoga à radiodifusão por rádio e televisão, ao passo que o *streaming* interativo se assemelha à distribuição de conteúdo *pay-per-view* de operadoras de televisão de cabo e satélite.

O serviço de *streaming* do Netflix é do tipo interativo: o usuário tem a prerrogativa de escolher quais obras visualizar e quando fazê-lo. Isso não é, contudo, suficiente para distingui-lo de outros sistemas interativos de consumo de conteúdo digital via Internet: YouTube, Dailymotion, Vimeo, Hulu, HBO Now, e mesmo serviços de redes de televisão como a CBS ou a Rede Globo também disponibilizam acesso virtual interativo a seu catálogo de obras. As principais diferenças de relevância jurídica se relacionam ao modo de acesso ao conteúdo e às exigências de cada serviço para que o acesso às obras seja concedido.

Braxton, ao comentar as categorias de licenciamento introduzidas nos Estados Unidos para obras musicais pelo *Digital Performance Rights in Sound Recordings Act* (DPRA), de 1995 e pelo *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), de 1998, acrescenta dois novos fatores relevantes para a conceituação ora proposta: (a) a necessidade ou não de assinatura; e (b) a exclusividade ou não da transmissão via Internet. No primeiro caso, distingue-se se a transmissão por *streaming* depende da assinatura de serviço específico para esse fim ou é feita de forma aberta em plataforma gratuita; no último, verifica-se se o conteúdo é transmitido exclusivamente pela Internet ou se consiste, antes, na reprodução simultânea via Internet de conteúdo transmitido por radiodifusão.<sup>39</sup> A

37 FISHER III, William W. *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*. 1ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2004. pp. 16-18.

38 Cf. JACKSON, Matt. *From Broadcasting to Webcast: Copyright Law and Streaming Media*. Texas Intellectual Property Law Journal, v. 11, 2002-2003, p. 450. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tipj11&id=455>>, acesso em 12/07/2015.

39 A reprodução simultânea via Internet de transmissões efetuadas por radiodifusão, chamada pela autora de *simulcasts*, recebe

diferenciação é relevante para as formas de licenciamento e para a cobrança de *royalties* no direito norte-americano: transmissões interativas, por assinatura ou exclusivamente virtuais exigem licenciamento adicional, a ser negociado diretamente com os autores.<sup>40</sup>

Fortemente influenciados por *lobbies*, ambos os dispositivos legais demonstram clara preocupação em dificultar ou onerar a obtenção de licenças para aquelas modalidades de transmissão que apresentam maiores ameaças aos interesses da indústria tradicional de entretenimento. Nesse sentido, é determinante a percepção dos distribuidores tradicionais que usuários tendem a comprar menos obras em mídia física quando dispõem de serviços por assinatura, e ainda menos quando conseguem acessar conteúdo digitalmente de forma interativa.<sup>41</sup>

Nesses termos, o serviço prestado pelo Netflix se configura como *streaming* interativo, conforme já analisado acima; por assinatura, já que o usuário deve pagar taxas mensais de acesso à plataforma; e exclusivamente via Internet, já que as transmissões efetuadas via Netflix não correspondem a retransmissões simultâneas de conteúdo transmitido por radiodifusão. Nesses termos, o Netflix se sujeita às licenças aplicáveis para distribuição interativa de conteúdo e também à licença para distribuição por assinatura, o que exige que a companhia dedique considerável parte de seu lucro bruto ao licenciamento das obras que disponibiliza.<sup>42</sup>

### 3.2. Adequação aos conceitos vigentes do direito internacional dos direitos de autor

A partir de 2010, com a agressiva política de internacionalização do serviço de *streaming* do Netflix, questões relacionadas ao licenciamento das obras disponibilizadas no catálogo daquele serviço se elevaram ao patamar transnacional. A companhia se vê, então, forçada a adquirir licenças para o conteúdo distribuído em cada novo território em que inicia suas operações, obedecendo a padrões legais de geometria variável. Nesse cenário, a disparidade de políticas de licenciamento de obras gera uma diferença no catálogo de títulos disponíveis em cada território, o que não raro leva os usuários a buscar meios de contornar a restrição geográfica e acessar conteúdo não licenciado para sua região.<sup>43</sup> Diante desse contexto, questiona-se se os dispositivos internacionais de proteção ao direito de autor estudados na seção 1 deste trabalho fornecem conceitos suficientes para harmonizar a distribuição internacional de conteúdo pelo Netflix.

Da análise efetuada na seção 1 identificam-se os principais direitos conexos de conteúdo econômico garantidos pelo conjunto dos dispositivos internacionais de proteção ao direito de autor: controlar a reprodução de suas obras, autorizar a radi-

---

tratamento mais brando em questão de licenciamento. Cf. BRAXTON, Jasmine. Lost in Translation: The Obstacles of Streaming Digital Media and the Future of Transnational Licensing. **Hastings Communication and Entertainment Law Journal**, v. 36, 2013-2014, pp. 196-199. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hascom36&id=207>>, acesso em 09/07/2015.

40 Transmissões por assinatura que sejam não interativas, se restrinjam a uma faixa de áudio licenciada e não anunciem previamente quando a faixa em questão será reproduzida podem receber licença decorrente de lei, de mais fácil obtenção e custos menores. Cf. JACKSON, Matt. From Broadcasting to Webcast: Copyright Law and Streaming Media. **Texas Intellectual Property Law Journal**, v. 11, 2002-2003, pp. 455-461. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tipj11&id=455>>, acesso em 12/07/2015.

41 *Idem* 60.

42 NETFLIX. **Top Investor Questions**. Disponível em <<https://ir.netflix.com/faq.cfm#Question31141>>, acesso em 15/06/2016.

43 O acesso a obras não licenciadas para a região do usuário é considerado violação aos direitos de autor. Para discussão dedicada à legalidade de tal acesso e suas implicações, vide BURNETT, Jerusha. Geographically Restricted Streaming Content and Evasion of Geolocation: The Applicability of the Copyright Anticircumvention Rules. **Michigan Telecommunications and Technology Law Review**, v. 19, 2012-2013, pp. 461-488. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mttlr19&id=473>>, acesso em 11/07/2015.

odifusão dessas, autorizar seu aluguel para fins comerciais, autorizar a fixação de suas obras e performances ao vivo em mídia, autorizar a distribuição de seus trabalhos, autorizar a comunicação ou disponibilização ao público destes.<sup>44</sup>

Em primeiro lugar, questiona-se se o acesso a conteúdo por *streaming* consiste em uma reprodução da obra no sentido da Convenção de Berna e dispositivos posteriores. Com base na distinção de Fisher mencionada acima, verifica-se que o *streaming* difere do *download* de obras justamente por não haver armazenamento permanente da obra na memória do dispositivo utilizado para acesso, mas apenas na memória de acesso aleatório (RAM) do dispositivo, de forma eminentemente transitória. Nesse sentido, as cópias transitórias em memória RAM são distintas daquelas efetuadas no armazenamento permanente do dispositivo, já que são fixadas apenas pelo tempo suficiente para o consumo da obra em tempo real pelo usuário.

Smith, ao discutir a aplicabilidade genérica do direito de reprodução a cópias em RAM, sustenta que a temporariedade da duração de uma cópia em RAM não é suficiente para excluir a aplicabilidade do direito de reprodução a tal cópia, especialmente considerando que cópias em RAM são suficientemente fixadas para permitir que o trabalho seja indiretamente comunicado a terceiros ou seja recopiado. O autor reconhece, no entanto, que a duração da cópia é um critério válido para determinar se a criação de tal cópia seria uma exceção ao direito de reprodução.<sup>45</sup> No caso em análise, a reprodução por *streaming* praticada pelo Netflix não dá azo, em princípio, à obtenção de cópias ilegais, nem à transmissão não autorizada a terceiros. A cópia também não é disponibilizada por tempo superior ao necessário para reprodução, e o usuário não consegue acessar a totalidade da obra em nenhum momento nem dispor dela livremente.<sup>46</sup> Dessa forma, a própria substância do direito de reprodução – direito do autor de impedir que seu trabalho seja copiado sem seu consentimento, conforme Art. 9 (1) da Convenção de Berna – parece suficientemente assegurada, e pode-se afirmar, com alguma segurança, que o critério da duração eminentemente efêmera da obra permite questionar se se trata, em verdade de uma reprodução, e assim pôr em xeque a aplicabilidade plena do direito de reprodução em relação ao Netflix.

Em segundo lugar, aventa-se a possibilidade de a distribuição de conteúdo por *streaming* se enquadrar no direito de radiodifusão de obras. Uma vez que esse direito contempla fundamentalmente a realidade analógica da distribuição de conteúdo por rádio e televisão, conforme já exposto na seção 1, tal enquadramento é cogitado por analogia. No entanto, o *streaming* praticado pelo Netflix tem peculiaridades que tornam a aproximação inviável.

O conceito de radiodifusão, ou *broadcasting*, previsto no Artigo 3 da Convenção de Roma e retomado pelo WPPT e pelo AVP contempla a “transmissão por meios sem fio para a recepção pública de sons ou sons e imagens”. Conforme esclarecido pelo documento de Termos e Conceitos produzido durante a Oitava Sessão do Comitê Permanente da OMPI sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos, a definição restringe a radiodifusão a transmissões tradicionais *over the air*, por ondas eletromagnéticas, para o público geral, e exclui transmissões a cabo, bem como transmissões para apenas uma

---

44 Uma vez que se trabalha a distribuição de conteúdo já fixado pelo Netflix, o direito de fixação não será discutido.

45 SMITH, Eric H. The Reproduction Right and Temporary Copies: the International Framework, the U.S. Approach and Practical Implications. In: **Softic Symposium**, 20-21 nov, 2001, Tóquio. Anais Eletrônicos, p. 3. Disponível em <[http://www.softic.or.jp/symposium/open\\_materials/10th/index-en](http://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/10th/index-en)>, acesso em 13/08/2015.

46 No momento da elaboração deste trabalho, o Netflix não permite *download* de obras pelos usuários.



pessoa ou grupo definido. O mesmo documento conceitua *streaming* via Internet como a distribuição de conteúdo audiovisual exclusivamente pela Internet, em um processo “ponto a ponto”, isto é, por meio de uma comunicação bidirecional entre cada usuário e o servidor; mesmo que o mesmo conteúdo seja acessado por vários usuários, a comunicação é essencialmente individual.<sup>47</sup> Diante desse conceito, verifica-se que o *streaming* praticado pelo Netflix não se trata de radiodifusão: a transmissão ocorre via Internet, e não “por meios sem fio”; a recepção não é pública, já que pode ser acessada somente pelo grupo de assinantes do serviço; a transmissão ocorre de forma ponto-a-ponto, com cada usuário efetuando uma conexão distinta ao servidor que hospeda as obras e recebendo-a individualmente. Soma-se a isso o fato de o usuário, e não a organização, controlar quando acessar cada conteúdo, de forma muito distinta do que ocorre nas transmissões sem fio de rádio e televisão. Dessa forma, não se pode considerar que o direito de radiodifusão é aplicável à distribuição de conteúdo por *streaming*, já que as duas formas de transmissão são essencialmente distintas.

Em terceiro lugar, verifica-se se o direito de autorização do aluguel de obras nos termos do Artigo 7 do WCT, Artigos 9 e 13 do WPPT e Artigo 11 do TRIPS e de seus dispositivos correlatos se aplica à realidade do *streaming*. Conforme a Diretiva nº 92/100 do Conselho Europeu sobre Direito de Aluguel de 1992, citada por Goldstein e Huguenholtz, o aluguel de que se trata este direito se define como “a disponibilização para uso, por período de termo determinado e para obtenção de vantagem comercial ou econômica direta ou indireta”.<sup>48</sup> Tal conceito não comporta o *streaming* interativo, uma vez que a obra permanece à disposição do usuário por período de tempo indeterminado, não há limites para o número de acessos a ela e o usuário não recebe a posse da obra nem é obrigado a devolvê-la; o usuário do Netflix tampouco auferir qualquer vantagem comercial ou econômica do acesso à obra.

Além disso, verifica-se que o Artigo 9 do WPPT define o direito de aluguel como o direito de autorizar o aluguel comercial do original e de cópias de suas obras conforme a determinação do direito interno. A declaração comum dos membros do WPPT sobre os Artigos 2(e), 8, 9, 12 e 13 esclarece, nesse sentido, que o termo “cópias” e “original e cópias” sujeitos ao direito de aluguel nos termos daquele tratado compreende apenas cópias fixadas que possam ser postas em circulação como objetos tangíveis.<sup>49</sup> Não é o caso do *streaming*, já que a cópia é acessada exclusivamente em meio digital e sua posse não é transferida ao consumidor. Também se depreende do Artigo 7(2) do WCT e da segunda parte do Artigo 11 do TRIPS que o direito de aluguel é inaplicável à espécie, já que aquele dispositivo determina uma exceção ao direito de aluguel para cópias cinematográficas nas situações em que o aluguel não leve à disseminação de cópias das obras que afete a substância do direito exclusivo de reprodução do autor.

Assim, uma vez que o *streaming* das obras cinematográficas pelo Netflix não tem natureza comercial ou econômica, não leva à obtenção de cópias e não viola o direito de reprodução e, sobretudo, não se configura como aluguel, conforme já demonstrado acima, pode-se concluir que o direito de aluguel não se aplica a esse tipo de serviço.

---

47 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Anais da Oitava Sessão do Standing Committee on Copyright and Related Rights**. Protection of Broadcasting Organizations: Terms and Concepts. Pp. 2-4. Disponíveis em < [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_8/sccr\\_8\\_inf\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_8/sccr_8_inf_1.pdf)>, consultado em 19/05/2016.

48 “making available for use, for a limited period of time and for direct or indirect economic or commercial advantage”, no texto original. CONSELHO EUROPEU apud. GOLDSTEIN; HUGUENHOLTZ, op. cit., p. 257.

49 Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Agreed Statements Concerning WIPO Performances and Phonograms Treaty**. Disponível em < [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295690](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295690)>, acesso em 10/06/2016.



Em quarto lugar, questiona-se se o direito de autorizar a distribuição das obras, previsto no Artigo 6 do WCT e Artigos 8 e 12 do WPPT se aplica ao Netflix. Consultando-se as declarações comuns dos membros dos dois tratados, verifica-se que também o direito de distribuição se restringe a cópias fixadas que possam ser postas em circulação como objetos tangíveis.<sup>50</sup> Conforme já demonstrado acima em relação ao direito de aluguel, não é esse o caso.

Finalmente, indaga-se se o direito de comunicação ao público previsto no Artigo 8 do WCT e no Artigo 11 do AVP e o direito de disponibilização ao público contido no Artigo 14 do WPPT e no Artigo 10 do AVP são capazes de compreender a realidade tecnológica do *streaming*. A redação do Artigo 8 do WCT parece conter conceitos amplos o suficiente: ele garante aos autores o “direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público de suas obras, por meios cabeados ou sem fio, incluindo a disponibilização ao público de suas obras de modo que membros do público possam acessá-las no local e no momento individualmente escolhidos por eles.”<sup>51</sup> Igualmente, o Artigo 14 do WPPT confere aos produtores de fonogramas o “direito exclusivo de autorizar a disponibilização ao público de seus fonogramas, por meios cabeados ou sem fio, de modo que membros do público possam acessá-los no local e no momento individualmente escolhidos por eles.”<sup>52</sup>

Contudo, uma vez que dispõe apenas sobre os direitos de produtores de fonogramas, o WPPT não se revela uma alternativa aplicável à distribuição de obras cinematográficas – os fonogramas compõem apenas uma das dimensões protegidas daquele tipo de trabalho. Por sua vez, o AVP restringe suas disposições aos artistas, e não contempla interesses de outros relevantes agentes do mercado, a exemplo de estúdios, organizações de radiodifusão e distribuidores de conteúdo. Além disso, conforme já observado acima, o AVP, até o momento, não se encontra em vigor.

As disposições do Artigo 8 do WCT requerem exame mais atento. Conforme observam Christie e Dias, o Artigo 8 do WCT vem complementar as lacunas do direito de comunicação preexistente no âmbito da Convenção de Berna, notavelmente destinadas a cobrir direitos relacionados à radiodifusão. Os Artigos 11, 11*bis*, 11*ter*, 14*bis*, e 14(1)(ii) da Convenção de Berna conferiam aos autores direitos de comunicação limitados tanto materialmente – pois restritos a trabalhos dramáticos e musicais, obras cinematográficas e literárias – quanto pela forma de sua comunicação – por radiodifusão, por meio cabeado ou por retransmissão de radiodifusão. O Artigo 8 do WCT, por outro lado, se propõe a superar tais restrições.<sup>53</sup> Sua redação generalista dispõe que os autores de todas as obras artísticas e literárias dispõem do direito de autorizar qualquer comunicação ao público de seus trabalhos por meios cabeados ou sem fio, superando as limitações indicadas acima. Além disso, a segunda parte do Artigo 8 precisa que tal direito

---

50 Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Agreed Statements Concerning WIPO Performances and Phonograms Treaty**. Disponível em <[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295690](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295690)>, acesso em 10/06/2016; ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Agreed Statements Concerning WIPO Copyright Treaty**. Disponível em <[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=295456](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=295456)>, acesso em 10/06/2016.

51 “[...] authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.”, no texto autêntico em inglês.

52 “Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.”, no texto autêntico em inglês. O AVP contém disposições praticamente idênticas sobre os direitos dos artistas.

53 Cf. CHRISTIE, Andrew; DIAS, Eloise. The New Right of Communication in Australia. **Sydney Law Review**, v. 25, 2005, pp. 237-241. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sydney27&start\\_page=237&collection=journals&set\\_as\\_cursor=8&men\\_tab=srchresults&id=239](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sydney27&start_page=237&collection=journals&set_as_cursor=8&men_tab=srchresults&id=239)>, acesso em 18/06/2016.

se estende à disponibilização interativa de obras ao público.

Trata-se de uma “solução guarda-chuva”<sup>54</sup> que pretende garantir aos autores o controle sobre qualquer ato de disponibilização de suas obras protegidas, em especial quando tal transmissão ocorre via Internet.<sup>55</sup> Ao estabelecerem a redação do Artigo 8, os membros do WCT efetivamente eliminaram as restrições relacionadas ao material distribuído e à forma de distribuição, criando uma proteção genérica aos autores contra distribuição de suas obras em meio digital.

A solução do Artigo 8 não é, contudo, uma panaceia: sua interpretação adequada exige conceituação acerca do conteúdo do ato de disponibilização e do conceito de “público” adotados. Neste ponto, a “solução guarda-chuva” alcançada pelos redatores do WCT encontra sua principal limitação nos termos amplos e neutros que utiliza. Assim, em que pese alcançar uma definição que compreende praticamente todos os atos digitais relevantes, a redação do Artigo 8 não é suficiente para garantir a necessária uniformidade ao direito internacional dos direitos de autor.<sup>56</sup> De fato, na medida em que remete a especificação exata do conteúdo do direito de disponibilização ao público ao direito doméstico, o Artigo 8 dá azo a notáveis discrepâncias em sua aplicação pelos Estados membros do WCT.<sup>57</sup>

Conforme observam Goldstein e Huguenholtz, a definição do que seja “público” suscita vivos debates na doutrina e na jurisprudência, tanto na tradição jurídica do *common law* quanto no direito continental.<sup>58</sup> A título de exemplo, o §101 do *US Copyright Act* de 1976 define que exibir publicamente compreende a “execução ou a exibição de uma obra em um lugar aberto ao público ou em qualquer local onde um número substancial de pessoas fora do círculo normal da família e de seus contatos sociais se reúna”<sup>59</sup>. Além da inconsistência jurisprudencial, a definição se revela claramente limitada em relação à disponibilização de obras via Internet, uma vez que o acesso “público” às obras online já não ocorre em uma mesmo *locus* físico, mas pode ser virtualmente disperso ao redor do mundo.

Dessa forma, resta claro que, embora o direito de disponibilização ao público do Artigo 8 do WCT pareça o candidato mais apto entre os dispositivos internacionais de proteção ao direito de autor e direitos conexos a recobrir a transmissão de conteúdo via *streaming* interativo praticada pelo Netflix, a exigência de interpretação no nível da legislação nacional ainda é um obstáculo à uniformização desta forma de distribuição de conteúdo. Como se verá até o final deste trabalho, a ausência de uma proteção unificada consistente aos direitos de autor no nível internacional atua, no limite, como fator restritivo à expansão de serviços como o Netflix em nível global.

---

54 FICSOR apud LOON, Ng-Noy Wee. The ‘Whom’s’ in online dissemination of copyright works: to whom and by whom is communication made? *Singapore Journal of Legal Studies*, 2011, P. 375. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sjls2011&start\\_page=373&collection=journals&set\\_as\\_cursor=9&men\\_tab=srchresults&id=382](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sjls2011&start_page=373&collection=journals&set_as_cursor=9&men_tab=srchresults&id=382)>, acesso em 16/06/2016.

55 LOON, *op. cit.*, p. 375-376.

56 CHRISTIE; DIAS, *op. cit.*, pp. 237-245.

57 Exemplos ilustrativos das diferentes interpretações em Singapura, na Austrália e na União Europeia são analisados em detalhe por LOON, *op. cit.*, e por CHRISTIE e DIAS, *op. cit.*

58 Tribunais franceses condenaram a transmissão de vídeo em quartos de hotéis, por exemplo; cortes italianas toleraram transmissões a quartos de clínicas médicas ao passo que a mesma prática foi condenada pela Suprema Corte alemã. Tribunais estadunidenses, por sua vez, condenaram o acesso a videocassetes em cabines locadas pelo usuário, mas permitiram a exibição em quartos de hotéis. Cf. Paul; HUGENHOLTZ, P. Berni. **International Copyright: Principles, Law and Practice**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 262-270.

59 “to perform or display a work at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside a normal circle of a Family and its social acquaintances is gathered”, no original em inglês.

## 4. TRATAMENTO NACIONAL DOS DIREITOS DE AUTOR NAS OBRAS DISTRIBUÍDAS PELO NETFLIX

Conforme demonstrado acima, os dispositivos internacionais de proteção aos direitos de autor e direitos conexos não compreendem em sua totalidade a distribuição de conteúdo audiovisual por *streaming* interativo no modelo praticado pelo Netflix. Nesse contexto, a proteção de tal categoria de direitos em um ambiente global marcado pela transnacionalidade na distribuição de conteúdo depende, essencialmente, do direito doméstico e de contratos privados para determinar o conteúdo e o alcance dos direitos de autor. Uma vez que os contratos se baseiam no conteúdo mínimo e na discricionariedade típicos do direito privado, questiona-se quais princípios do direito internacional de proteção aos direitos de autor balizam a discricionariedade dos Estados na produção de tais normativos, bem como seus efeitos sobre o licenciamento regional de obras.

### 4.1. Fundamentos jurídicos e licenciamento regional

O direito de autor, observa Yu, é de natureza preponderantemente territorial.<sup>60</sup> No entanto, o surgimento de acordos internacionais como os do sistema da União de Berna, e especialmente o TRIPS, representa um esforço de seus países membros no sentido de harmonizar as diferentes legislações, ante o reconhecimento de que a proteção concedida aos autores supera os limites do interesse nacional. Dessa maneira, os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida ganham considerável importância ao se determinar o alcance do licenciamento praticado pelo Netflix nos territórios dos diferentes membros dos tratados analisados no presente trabalho.

O Artigo 5 da Convenção de Berna institui o princípio do tratamento nacional, formulado em seu parágrafo (1) como a garantia aos autores de que as obras protegidas nos termos da Convenção gozarão, em países que não o de origem da obra em questão, os mesmos direitos que a legislação de tais países garantam aos seus nacionais, além dos direitos garantidos pela Convenção.<sup>61</sup> O parágrafo (2) informa, adicionalmente, que o exercício de tais direitos não está sujeito a qualquer formalidade, nem à existência de tais direitos no país de origem.

Nesse sentido, o parágrafo (4) do Artigo 5 da Convenção de Berna precisa os critérios determinantes do país de origem de uma obra: a primeira publicação, a pertinência à União, e a nacionalidade do autor, sua residência ou a localização do trabalho. O critério da primeira publicação se aplica quando o trabalho for primeiro publicado em um país membro da União, ressalvando-se que, quando a publicação ocorrer simultaneamente em dois ou mais países membros, aquele que conferir menor termo de proteção será o país de origem. O critério da pertinência à União se aplica quando a publicação ocorrer simultaneamente em um país membro e um país não membro, sendo o primeiro o país de origem da obra. Por fim, a nacionalidade do autor se aplica a obras publicadas fora do território dos membros da União, ressalvando-se neste caso que, em se tratando de obras cinematográficas cujo autor tiver sede ou domicílio em um país da União, esse país será considerado o de origem, e que trabalhos arquitetônicos erigidos em um país membro da União serão considerados originados no país em que

---

<sup>60</sup> YU apud. BURNETT, *op. cit.*, p. 473.

<sup>61</sup> “Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention.”, no texto autêntico em inglês.

se localizar a obra.

Da combinação desses dispositivos, decorre uma obrigação objetiva para os países membros da União, de não discriminar, para efeitos de proteção, obras nacionais e estrangeiras. Tal dever é particularmente relevante em um contexto tecnológico que permite a distribuição imediata de obras independentemente dos limites territoriais.

A aplicabilidade do tratamento nacional previsto na Convenção de Berna se limita, contudo, aos trabalhos protegidos por aquele tratado. Conforme especifica o Artigo 2 (1) da Convenção, as obras artísticas e literárias protegidas compreendem “todas as produções dos domínios literário, científico e artístico, qualquer que seja sua forma de expressão”.<sup>62</sup> Essa definição, baseada na realidade objetiva das obras protegidas, permite questionar se novos tipos de trabalho ou novos meios de exploração se enquadrariam na proteção jurídica da Convenção.<sup>63</sup>

Entre as diversas inovações do TRIPS, merece destaque a superação do conceito de obra protegida. Conforme Artigo 3(1) daquele Acordo, seus “membros devem conferir aos nacionais de outros membros tratamento ao menos tão favorável quanto aquele garantido a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual.”<sup>64</sup> A noção de tratamento em relação à propriedade intelectual, isto é, o efeito da proteção, representa uma superação da lógica da Convenção de Berna, fundada na natureza objetiva das obras, que tem por resultado a ampliação do alcance do princípio. Nesse sentido, qualquer obra passível de proteção enquanto propriedade intelectual atrai a aplicabilidade do princípio de tratamento nacional consagrado pelo TRIPS.<sup>65</sup>

O TRIPS também avança notavelmente ao estabelecer, em seu Artigo 4, o princípio da nação mais favorecida, segundo o qual qualquer “vantagem, benefício, privilégio ou imunidade assegurado a um membro aos nacionais de qualquer outro país será imediata e incondicionalmente assegurado aos nacionais de todos os outros membros.”<sup>66</sup> Conforme já observado na seção 1, trata-se da incorporação de uma norma do direito internacional do comércio no domínio do direito internacional da propriedade intelectual, que introduz uma obrigação análoga à do Artigo 3: enquanto o princípio do tratamento nacional impede que os Estados tratem obras estrangeiras de maneira menos favorável que as obras de seus nacionais, o princípio da nação mais favorecida opera como uma vedação a qualquer discriminação a trabalhos estrangeiros.

A instituição de ambos os princípios, combinada com as demais disposições substantivas e procedimentais do TRIPS vai ao encontro da tendência de harmonização do direito internacional da propriedade intelectual consagrada por aquele normativo, uma vez que instaura, efetivamente, padrões mínimos a serem observados por seus membros.<sup>67</sup> Isso não implica, entretanto, na universalização de direitos: os tratados interna-

---

62 “in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression”, no texto autêntico em inglês.

63 Fonogramas e programas de computador, por exemplo, suscitaram viva discussão doutrinária quanto a sua adequação ao conceito da Convenção de Berna para efeitos de tratamento nacional, v. GOLDSTEIN e HUGUENHOLTZ, *op. cit.*, pp. 77-79.

64 “Each Member shall accord to the nationals of other Members treatment no less favourable than that it accords to its own nationals with regard to the protection of intellectual property”, no texto autêntico em inglês.

65 A superação da controvérsia é particularmente válida no tocante a programas de computador e bancos de dados, por exemplo. Cf. BRAUNEIS, Robert. National Treatment in Copyright and Related Rights: How Much Work Does it Do? In: **George Washington Law Faculty Publications & Other Works**, paper 810, 2013, pp. 4-16, disponível em <[http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2113&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2113&context=faculty_publications)>, acesso em 28/06/2016.

66 “any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members”, no texto autêntico em inglês.

67 Cf. POLIDO, *op. cit.*, p. 181.

cionais fornecem padrões mínimos de proteção, mas tais padrões são frequentemente ultrapassados pela legislação doméstica.<sup>68</sup>

Nesse sentido, uma vez que o único direito aplicável à realidade do *streaming* interativo – o direito de comunicação ao público previsto no Artigo 8 do WCT, conforme analisado acima – depende da legislação doméstica para a determinação de seu conteúdo, os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida operam no sentido de incluir o *streaming* no escopo da proteção naqueles territórios que houverem regulamentado o direito de comunicação de forma a encampar a distribuição por *streaming*, qualquer que seja o país de origem da obra. Não se pode, contudo, dizer que haja qualquer uniformização normativa internacional quanto a tal modalidade de distribuição de conteúdo, uma vez que países cuja legislação interna exclui o *streaming* do alcance do direito de comunicação ao público, ou se omite de tratar a questão, os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida pouco servem como proteção aos autores.

Em decorrência disso, o licenciamento de obras audiovisuais para distribuição por *streaming* segue fundando-se em contratos privados de licenciamento, com disposições distintas conforme o mercado, a lei aplicável, a jurisdição e as partes envolvidas. O resultado é um catálogo geograficamente variável, bem como a indisponibilidade total do serviço em certos territórios, e um considerável número de usuários que se vale de artifícios tecnológicos paralelos para contornar as restrições geográficas e acessar conteúdo não licenciado para sua região.<sup>69</sup> Conforme observa Braxton, a falta de um sistema legal unificado para os serviços de *streaming* também contribui para o aumento da pirataria digital, uma vez que os potenciais usuários preferem acessar ilegalmente obras pela Internet que adquiri-las em mídia licenciada.<sup>70</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise empreendida, constata-se que a regulamentação do *streaming* permanece um desafio ao direito internacional da propriedade intelectual. As tentativas de superação da Oitava Sessão do Comitê Permanente da OMPI Sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos representam, seguramente, a primeira tentativa de disciplina internacional do *streaming* e proteção das organizações de radiodifusão, conforme se verifica do texto submetido pela delegação dos Estados Unidos. Contudo, a falha das negociações naquela ocasião volta a fazer prova das dificuldades que a produção normativa internacional enfrenta para atingir consensos que acompanhem a realidade tecnológica. Igual conclusão se aplica à produção do AVP, dez anos mais tarde, que segue sem obter aprovação suficiente dos Estados para que suas inovações se tornem obrigações de fato oponíveis.

Como se viu, o *streaming* se distingue de tecnologias alternativas, a exemplo da radiodifusão, do *cablecasting*, do *simulcasting*. Seu melhor enquadramento, dentre os conceitos ora analisados, segue sendo o de *webcasting* conforme proposto pela delegação estadunidense por ocasião da Oitava Sessão do Comitê Permanente da OMPI So-

---

68 GOLDSTEIN, HUGUENHOLTZ, *op. cit.*, p. 62.

69 Sobre o uso ilegal de VPN e outros artifícios para contornar as restrições geográficas, vide BURNETT, Jerusha. Geographically Restricted Streaming Content and Evasion of Geolocation: The Applicability of the Copyright Anticircumvention Rules. **Michigan Telecommunications and Technology Law Review**, v. 19, pp. 461-488. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mttlr19&id=473>>, acesso em 11/07/2015.

70 BRAXTON, Jasmine. Lost in Translation: The Obstacles of Streaming Digital Media and the Future of Transnational Licensing. **Hastings Communication and Entertainment Law Journal**, v. 36, 2013-2014, p. 195. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hascom36&id=207>>, acesso em 09/07/2015.



bre Direitos de Autor e Direitos Conexos. Nesse sentido, é a peculiaridade do *streaming* enquanto forma de distribuição de conteúdo que põe em xeque a aplicabilidade dos direitos existentes no ambiente internacional: o *streaming* não é radiodifusão, por ser ponto-a-ponto, interativo e via Internet; não é aluguel comercial, por não conceder a posse temporária da obra e não permitir ao usuário auferir lucros da exploração da obra; não se sujeita à autorização de distribuição, já que essa se restringe às cópias tangíveis. Os melhores candidatos a compreendê-lo dentre os direitos existentes seriam, então, o direito de reprodução e o direito de comunicação ao público.

A aplicabilidade do direito de reprodução é questionável, uma vez que a cópia é essencialmente temporária e novas cópias não são permitidas, de modo que não há razão para crer que o *streaming* de obras cinematográficas efetivamente ameace o direito exclusivo de reprodução de que gozam os autores. Por sua vez, o direito de comunicação ao público, em sua formulação prevista no Artigo 8 do WCT, parece particularmente adequado à realidade do *streaming*, mas sua redação ampla e dependente de precisão nacional falha em garantir uma regulamentação internacional uniforme do sistema.

A análise dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida tampouco indica que as obrigações que deles decorrem sejam suficientes para harmonizar a disciplina do *streaming* entre os diversos países, uma vez que favorecem a assimetria de tratamento entre Estados conforme os diferentes níveis de proteção garantidos em cada território. O licenciamento internacional se sujeita, dessa maneira à disciplina variável de contratos privados de licenciamento, o que não raro atua no sentido de fragilizar a expansão de sistemas de *streaming* como o Netflix e, conseqüentemente, minar seu potencial de conciliar os interesses dos consumidores de amplo acesso a obras protegidas com os interesses da indústria de que tal acesso se dê dentro da legalidade e respeite os direitos econômicos garantidos aos autores. De qualquer forma, a demanda por harmonização permanece, e pode-se cogitar que futuros consensos entre os Estados venham supri-la, seja pela clarificação dos padrões mínimos, seja pela instituição de categorias particulares de direitos mais aptos a compreender a curva evolutiva da tecnologia da informação.

## 4. REFERÊNCIAS

### Livros:

FISHER III, William W. **Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment.** 1ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2004. 340p.

GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, P. Bernt. **International Copyright: Principles, Law and Practice.** 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito internacional da propriedade intelectual: fundamentos, principios e desafios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013. 570 p

WALKER, Russell. **From Big Data to Big Profits: Success with Data and Analytics.** Oxford: Oxford University Press, 2015. 313p.

### Artigos de periódico online:

BRAUNEIS, Robert. National Treatment in Copyright and Related Rights: How Much Work Does it Do? In: **George Washington Law Faculty Publications & Other Works**, pa-

per 810, 2013, disponível em <[http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2113&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2113&context=faculty_publications)>, acesso em 28/06/2016.

BRAXTON, Jasmine. **Lost in Translation: The Obstacles of Streaming Digital Media and the Future of Transnational Licensing.** Hastings Communication and Entertainment Law Journal, v. 36, 2013-2014, pp. 193-216. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hascom36&id=207>>, acesso em 09/07/2015.

BURNETT, Jerusha. Geographically Restricted Streaming Content and Evasion of Geolocation: The Applicability of the Copyright Anticircumvention Rules. **Michigan Telecommunications and Technology Law Review**, v. 19, pp. 461-488. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mttlr19&id=473>>, acesso em 11/07/2015.

CHRISTIE, Andrew; DIAS, Eloise. The New Right of Communication in Australia. **Sydney Law Review**, v. 25, 2005, pp. 237-262. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sydney27&start\\_page=237&collection=journals&set\\_as\\_cursor=8&men\\_tab=srchresults&id=239](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sydney27&start_page=237&collection=journals&set_as_cursor=8&men_tab=srchresults&id=239)>, acesso em 18/06/2016.

FELMETH, Aaron. Introductory Note to the Beijing Treaty on Audiovisual Performances. **International Legal Materials**, v. 51, nº 6, 2012, pp. 1211-1222. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlm51&start\\_page=1211&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults&id=1315](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intlm51&start_page=1211&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&id=1315)>, consulta em 30/05/2016.

JACKSON, Matt. From Broadcasting to Webcast: Copyright Law and Streaming Media. **Texas Intellectual Property Law Journal**, v. 11, 2002-2003, pp. 447-482. Disponível em <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tipj11&id=455>>, acesso em 12/07/2015.

LANGE, David. From Berne to Beijing: A Critical Perspective. **Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law**, v. 16, nº 1, 2013, pp. 1-10. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanep16&start\\_page=1&collection=journals&set\\_as\\_cursor=5&men\\_tab=srchresults&id=9](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanep16&start_page=1&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults&id=9)>, acesso em 30/05/2016.

LOON, Ng-Noy Wee. The 'Whom's' in online dissemination of copyright works: to whom and by whom is communication made? **Singapore Journal of Legal Studies**, 2011, pp. 373-393. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sjls2011&start\\_page=373&collection=journals&set\\_as\\_cursor=9&men\\_tab=srchresults&id=382](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sjls2011&start_page=373&collection=journals&set_as_cursor=9&men_tab=srchresults&id=382)> , acesso em 16/06/2016.

NURTON, James. The Long Journey to Beijing. **Managing Intellectual Property**, v. 218, 2012, pp. 42-51. Disponível em <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/manintpr218&start\\_page=42&collection=journals&set\\_as\\_cursor=1&men\\_tab=srchresults&id=44](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/manintpr218&start_page=42&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults&id=44)>, acessado em 30/05/201.

SMITH, Eric H. The Reproduction Right and Temporary Copies: the International Framework, the U.S. Approach and Practical Implications. In: **Softic Symposium**, 20-21 nov, 2001, Tóquio. Anais Eletrônicos. Disponível em <[http://www.softic.or.jp/symposium/open\\_materials/10th/index-en](http://www.softic.or.jp/symposium/open_materials/10th/index-en)>, acesso em 13/08/2015.

#### **Outros:**

NETFLIX. **Top Investor Questions.** Disponível em <<https://ir.netflix.com/faq.cfm#Question31141>>, acesso em 15/06/2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Anais da Oitava Sessão do Standing Committee on Copyright and Related Rights.** Disponíveis em <[http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting\\_id=4692](http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=4692)>, consultado em 23/05/2015.

\_\_\_\_. **Draft WIPO Treaty for the Protection of the Rights of Broadcasting, Cablecasting and Webcasting Organizations submitted by the Delegation of the United States of America.** Disponível em <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_8/sccr\\_8\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_8/sccr_8_7.pdf)>, consultado em 29/05/2016.

\_\_\_\_. **Implications of the TRIPS Agreement on Treaties Administered by WIPO.** Genebra: OMPI, 1994. Disponível em <[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/464/wipo\\_pub\\_464.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/464/wipo_pub_464.pdf)>, consultado em 28/05/2016

\_\_\_\_. **WIPO Intellectual Property Handbook.** 2ª ed. Genebra: WIPO, 2004. Disponível em <<http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/>>, acesso em 28/06/2015.





A face do texto utilizada é Open Sans, corpo 12pt. Open Sans é uma face tipográfica criada por Steve Matteson. Ela é otimizada para impressão, web e interfaces móveis, e possui excelente características de legibilidade.

Títulos e subtítulos utilizam a face tipográfica Futura Std, corpo 20 / 12 pt. Criada por Paul Renner em 1927, Futura é um exemplo clássico de tipografia geométrica sem serifa, baseada na filosofia de design Bauhaus.

Citações utilizam a face Minion Pro, tipografia desenhada por Robert Slimbach em 1990 para a Adobe Systems.

Não imprima desnecessariamente este e-book; economize papel e ajude o meio ambiente.







