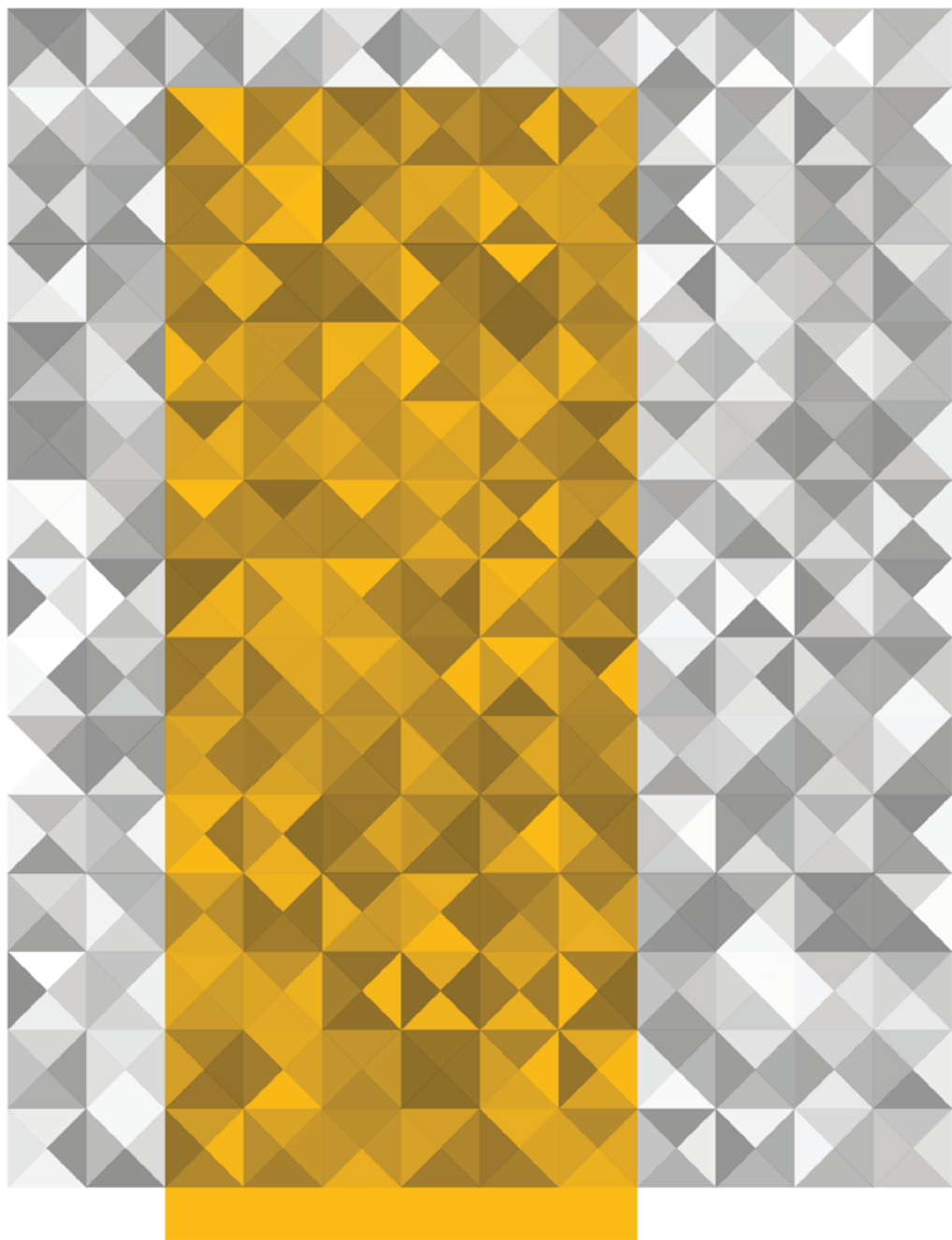


MARCO CIVIL E GOVERNANÇA DA INTERNET: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O GLOBAL

ORGANIZADORES

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO

LUCAS COSTA DOS ANJOS



FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO
LUCAS COSTA DOS ANJOS
(ORGANIZADORES)

MARCO CIVIL E GOVERNANÇA DA INTERNET: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O GLOBAL

Como citar em ABNT

POLIDO, Fabrício; ANJOS, Lucas (orgs.). Marco Civil e Governança da Internet: diálogos entre o doméstico e o global. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

REITOR: Prof. Dr. Jaime Arturo Ramírez

VICE-REITORA: Prof^a. Dr^a. Sandra Regina Goulart Almeida

FACULDADE DE DIREITO (FUNDADA EM 1892)

DIRETOR: Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme

VICE-DIRETOR: Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (FUNDADO EM 1932)

COORDENADOR: Prof. Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido

SUBCOORDENADOR: Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

PROJETO GRÁFICO: Frederico Batista

CAPA: Frederico Batista

DIAGRAMAÇÃO: Frederico Batista

REVISÃO: Luiza Brandão

FINALIZAÇÃO: Lucas Anjos



M321 Marco civil e governança da internet : diálogos entre o doméstico e o global /
organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos;
- Belo Horizonte : Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2016.

1. Direito de Internet – Aspectos jurídicos 2. Comércio eletrônico 3. Direito
Internacional 4. Direito Empresarial 5. Propriedade Intelectual I. Polido, Fabrício
Bertini Pasquot II. Anjos, Lucas Costa dos

CDU(1976): 34:007

ISBN 978-85-88221-58-1

GRUPO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS EM INTERNET,

INOVAÇÃO E PROPRIEDADE INTELECTUAL – GNet

Faculdade de Direito da UFMG

Av. João Pinheiro, 100 – 15 andar, sala 1503

CEP 30130-180 - Belo Horizonte - MG - Brasil

Tel.: + 55 31 3409-8649

Fax.: + 55 31 3409-8610

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

“Este trabalho está licenciado sob uma Licença

Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional. Para ver
uma cópia desta licença, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>.”



FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO
LUCAS COSTA DOS ANJOS
(ORGANIZADORES)

MARCO CIVIL E GOVERNANÇA DA INTERNET: DIÁLOGOS ENTRE O DOMÉSTICO E O GLOBAL



ORGANIZADORES

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO

Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Pesquisador Visitante – nível Pós-Doutorado do Max-Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburgo, Alemanha. É Membro do Comitê de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual da International Law Association (ILA), 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).

LUCAS COSTA DOS ANJOS

Bacharel e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN (Centro de Direito Internacional). 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, Membro da Associação Brasileira de Relações Internacionais (ABRI) e Vice-Presidente do Centro de Estudos Interdisciplinares de Direito Internacional, Internet e Novas Tecnologias.

SUMÁRIO

X PALAVRAS INICIAIS

XV AGRADECIMENTOS

XVIII CURRÍCULO DOS AUTORES

I PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

- 25 A NECESSIDADE DE REPENSAR OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE A SUA FLEXIBILIZAÇÃO E INTENSA VIOLAÇÃO NO MUNDO VIRTUAL**
Francisco Júnior Tavares Knischewski
- 53 A SEGURANÇA DE DADOS NA INTERNET E O PROGRAMA DE PROTEÇÃO: UM ESTUDO SOBRE AS EXPERIÊNCIAS DO PPCAAM/MG**
Rômulo Magalhães Fernandes · Anna Carolina de Oliveira Azevedo · Eduardo Lopes Salatiel
- 71 PROMOÇÕES COMERCIAIS NAS REDES SOCIAIS E PRIVACIDADE DE DADOS: UMA ANÁLISE DO CASO FACEBOOK**
Victor Varcelly Medeiros Farias
- 91 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E O DESENVOLVIMENTO DA PESSOALIDADE NO DIREITO DIGITAL**
Juliana Evangelista de Almeida · Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida
- 112 OS CONTORNOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NO MARCO CIVIL DA INTERNET**
Rafael da Silva Menezes · Linara Oeiras Assunção

II GOVERNANÇA DA INTERNET E JURISDIÇÃO NO PLANO DOMÉSTICO E INTERNACIONAL

- 147 LA EXPERIENCIA DE BRASIL Y ARGENTINA EN LA DEMOCRATIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**
Thiago Moreira Goncalves · Alessandra Pereira Dolabella · Luz Marianne Estrellita
- 162 A INTERNET E OS LIMITES DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIAIS E A SUPERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS**
Luíza Couto Chaves Brandão · Anna Flávia Moreira Silva · Larissa Ferrassini Baldin
- 178 ETHEREUM E BLOCKCHAIN: DESAFIOS JURÍDICOS DAS PLATAFORMAS DESCENTRALIZADAS**
Luís Fernando Israel Assunção · Pedro Vilela Resende Gonçalves
- 204 ATAQUES CIBERNÉTICOS E A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DE TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS**
Bruno de Oliveira Biazatti
- 224 TRANSNACIONALIDADE NA REDE: INTRODUÇÃO À GOVERNANÇA DA INTERNET E AO NETMUNDIAL**
Kimberly de Aguiar Anastácio

III LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA DIGITAL

- 247** **POLARIZAÇÃO POLÍTICA NA INTERNET – OS MEMES E O COMPORTAMENTO DE GRUPO**
André Matos de Almeida Oliveira · Pâmela de Rezende Côrtes
- 264** **AS DIFICULDADES DE IDENTIFICAÇÃO E DE RESPOSTA AOS DISCURSOS DE ÓDIO NA INTERNET**
Bárbara Moreira Carvalho · Gabriel Oliveira Vilela · João Vítor Silva Miranda
- 286** **VOCÊ NÃO É NADA, VOCÊ SÓ TEM ACESSO À INTERNET: ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À COMPREENSÃO**
André Covre
- 309** **WEBESFERA E DEMOCRACIA DIGITAL: DESAFIOS PARA O ACESSO DIGITAL ÉTICO E INCLUSIVO NO BRASIL**
Luciana Cristina de Souza · Kym Marciano Ribeiro Campos · Luena Abigail Pimenta Ricardo
- 335** **INADEQUAÇÕES DO DISCURSO LEGAL NO ATIVISMO ONLINE: EXPLORANDO RAZÃO E EMOÇÃO NA GOVERNANÇA DA INTERNET**
Fabício B. Pasquot Polido · Lucas Costa dos Anjos
- 349** **OS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A VELHA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NA DEMOCRACIA**
Mariana Ferreira Bicalho · Luciana Cristina de Souza

IV DIREITO CONCORRENCIAL, EMPRESAS DE INTERNET E ESPIONAGEM CIBERNÉTICA

- 372** **LIBRE CONCORRÊNCIA E APLICATIVOS DE INTERNET: ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE – OU DESNECESSIDADE – DE REGULAÇÃO NO MERCADO DE TRANSPORTE**
Marcos Henrique Costa Leroy
- 391** **O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A NOVA ECONOMIA: UMA ANÁLISE PRELIMINAR DO CASO GOOGLE**
Fabiano Teodoro Lara · André Belfort
- 407** **A ECONOMIA E A POLÍTICA DA NEUTRALIDADE DE REDE E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DO ZERO-RATING NO BRASIL**
Leandro Novais e Silva · Pablo Leurquin · André Belfort
- 438** **OS PROGRAMAS DE ESPIONAGEM CIBERNÉTICA EM MASSA E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À PRIVACIDADE**
Humberto Alves de Vasconcelos Lima

PALAVRAS INICIAIS

O MARCO CIVIL DA INTERNET ENTRE O DOMÉSTICO E O GLOBAL

I am not an advocate for frequent changes in laws and constitutions, but laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths discovered and manners and opinions change, with the change of circumstances, institutions must advance also to keep pace with the times. (Thomas Jefferson to H. Tompkinson, July 12, 1816)



É com enorme alegria que apresentamos esta coletânea reunindo os trabalhos científicos submetidos ao **I SEMINÁRIO GOVERNANÇA DAS REDES E O MARCO CIVIL DA INTERNET: LIBERDADES, PRIVACIDADE E DEMOCRACIA**, realizado entre os dias 28 e 29 de Maio de 2015, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Acadêmicos, especialistas e ouvintes tiveram a oportunidade de debater algumas das principais questões relativas à governança e regulação da Internet no Brasil. O contexto é extremamente propício: o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que celebrou seu segundo ano de vigência em abril de 2016) demarca a posição de nosso país como referência mundial na criação de um quadro normativo inovador. A nova Lei não apenas estabelece direitos e garantias emergentes do contexto das relações intersubjetivas materializadas nas redes digitais; ela chancela o pioneirismo do Brasil em torno da experimentação de modelos legislativos centrados em referenciais de intensa participação multissetorial, transparência e interesses públicos, todos eles diante de ethos de abertura, tão caro à Governança de Internet.

O Marco Civil, assim, consolidou-se como um dos mais importantes instrumentos legislativos domésticos a consagrar princípios e direitos de usuários de Internet, estruturando, igualmente, os contornos legais das responsabilidades,

da liberdade de expressão e acessos no ambiente digital, encarando-os como vetores da cidadania global. Interesses de diversas instituições sociais, como governos, organizações da sociedade civil, empresas, poder judiciário, especialistas em políticas públicas e academia foram considerados no processo dialógico em construção, que envolveu, igualmente, um dos exemplos mais bem delineados de participação multissetorial na elaboração e monitoramento da lei. O Brasil tem sido, sem sombra de dúvidas, pioneiro na consolidação de um marco legislativo e político conducente ao acesso às tecnologias e à informação no ambiente digital. Nesse espírito, o objetivo central do seminário foi o de proporcionar o engajamento dos atores relevantes, com a proposta de aprofundamento de uma rede de especialistas em questões nacionais e internacionais da regulamentação da Internet, fortalecendo a posição brasileira nesse contexto.

A proposta de projeto mais ambicioso, a de tornar o Seminário Governança das Redes e o Marco Civil da Internet um fórum científico permanente, resultou originalmente da iniciativa do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet), da Faculdade de Direito da UFMG, vinculado às linhas de pesquisa “Estado e Relações Privadas Transnacionais nas Fronteiras da Tecnologia e Inovação” e “Transformações da arquitetura da Internet e redes digitais na Sociedade Global do Conhecimento” do Departamento de Direito Público da UFMG, e interface com o Projeto *Estado e Mundialização: Fronteiras do Trabalho e Tecnologias*, da Linha “Poder, História e Liberdade”, do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPDG) da Universidade Federal de Minas Gerais. A essa iniciativa juntou-se o Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação – GEPI – da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), fazendo com que ambas as instituições – UFMG e FGV – estruturassem a coordenação dos principais sujeitos e enlances acadêmicos nessa tão promissora parceria.

Em sua concepção metodológica, o evento contou com divisões temáticas em grupos de trabalho, os quais permitiram compartilhar entre si a constante necessidade de 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 mais analíticas e críticas, o Marco Civil é examinado amplamente 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.

Da mesma forma, o Estado de Minas Gerais e a Faculdade de Direito da UFMG recebem a iniciativa aqui descrita para que possam manter-se na vanguarda dos estudos e na discussão técnica sobre os elementos contextuais da Governança Global da Internet. Nesse sentido, destacam-se questões afetas à conformação de direitos dos usuários nas redes; otimização das garantias de liberdade de expressão; gestão equitativa dos direitos de propriedade intelectual no ambiente digital e fomento à inovação. É importante ressaltar que a região das Gerais tem adquirido prestígio nos setores da indústria brasileira da alta tecnologia e da informática. Belo Horizonte já é considerada o “Vale do Silício” brasileiro e um dos principais polos – senão o principal – de inovação na área de Tecnologias da Comunicação e Informação (TCIs) e de desenvolvimento tecnológico no Brasil.

A coletânea aqui oferecida ao público reflete, assim, a visão sistemática e detalhada dos capítulos elaborados pelos participantes dos Grupos de Trabalho do Seminário Governança das Redes e o Marco Civil da Internet, na esteira do desenvolvimento dos trabalhos da edição de 2015 do evento [1]. Na presente publicação, encontram-se os artigos submetidos por autores de diversas afiliações institucionais e regiões do Brasil. Para melhor visualização de seu conteúdo, a obra se estrutura em quatro grandes partes: “Privacidade e Proteção de Dados” (Parte I); “Governança da Internet e jurisdição no plano doméstico e internacional” (Parte II); “Liberdade de expressão e democracia digital” (Parte III) e “Direito concorrencial, empresas de Internet e espionagem cibernética” (Parte IV). Por toda a riqueza de concepções e abordagens, estamos extremamente convencidos de que este projeto deixará

importante legado para toda uma geração de jovens juristas engajados com a agenda da Internet.

Os belos horizontes da Governança da Internet, como aqueles da cidade das Gerais que sediaram o Seminário encorajam a continuidade e a superação de desafios que fazem parte da própria compreensão dos problemas suscitados pelo Direito e pelas ciências em geral. Finalmente, o projeto não seria viabilizado sem o apoio de importantes parceiros. Registramos nossa gratidão à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), uma das mais importantes agências de fomento brasileiras, e ao 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). Agradecemos também a todos os alunos da UFMG que trabalharam com afino e dedicação para que a publicação saísse do plano das ideias e passasse a ser realidade. Esperamos, sinceramente, que as parcerias construídas ganhem mais adeptos nos próximos anos, bem como o engajamento de estudantes 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 2016.

Fabrizio Bertini Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos (Organizadores)

AGRADECIMENTOS

O projeto da publicação “Governança das Redes e o Marco Civil da Internet” não seria factível sem o indispensável apoio e a confiança de muitos colaboradores e parceiros, sejam eles institucionais ou pessoas físicas. Por essa razão, é imprescindível que se registrem créditos de agradecimentos: ao NIC.br, por sua Diretoria Executiva e ao Professor Demi Getschko; à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais — FAPEMIG — e seu Presidente, Professor Dr. Evaldo Ferreira Vilela; à Fundação Valle Ferreira da Faculdade de Direito da UFMG; ao Departamento de Direito Público e ao Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, e sua Coordenadora, Professora Dra. Maria Fernanda Salcedo Repolês; à CAPES; ao Ministério da Educação; à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça; aos palestrantes que participaram do evento que deu origem a esta obra; aos ouvintes e autores que tomaram parte nas diversas atividades do seminário; aos coordenadores dos grupos temáticos; e ao Centro Acadêmico Afonso Pena — CAAP, por todo o auxílio operacional e divulgação entre os canais docentes da Universidade. Além disso, incluímos especiais agradecimentos a todos os membros da Equipe do Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS) e do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet), cuja colaboração foi essencial para a realização e o sucesso do evento: Lucas Anjos, Pedro Vilela, Luíza Brandão, Deborah Cançado, Anna Flávia Moreira, Flaviano Neto, Humberto Britto, João Henrique Bonillo, Letícia Vial, Loni Melillo Cardoso, Luís Israel, Marcos Leroy, Paulo Repolês e Yago Costa, pela competente atuação na coordenação dos trabalhos e pelo cuidado para que esse Seminário alcançasse o sucesso e a repercussão merecidos.

CURRÍCULO DOS AUTORES

Alessandra Pereira Dolabella é graduanda em Direito, pela UFMG. Bolsista CNPq do projeto de iniciação científica "Direito Empresarial Atualizado e Acessível". Monitora de Processo Civil I na Faculdade de Direito da UFMG. Estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Estagiária do Ministério Público Federal. Tem interesse em pesquisa nas áreas de Direito Privado, Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado.

André Costa Belfort é mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Propriedade Intelectual e Inovação pelo CEAJUFE / Universidade de Itaúna. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFG.

André Luiz Covre é professor Adjunto do Departamento de Computação da UFVJM/Diamantina e Doutor em Linguística pela UNICAMP. Suas áreas de interesse no campo da tecnologia são TICs, Virtualização, Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual. No campo da linguística, são Filosofia da Linguagem e Gêneros do Discurso.

André Matos de Almeida Oliveira é estudante do nono período do curso de Direito, na Universidade Federal de Minas Gerais. Monitor do Grupo de Estudos em Neuroética da FDUFG. Bolsista de Iniciação Científica pelo PIBIC/CNPQ, com o tema: "Evolução do Contratualismo – origens das intuições morais por meio do altruísmo recíproco".

Anna Carolina de Oliveira Azevedo é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Especialista em Direito do Trabalho Ítalo-brasileiro, Gestão Pública e Prática Forense. Tem experiência nas áreas de Direito do Trabalho, Direito Público, Gestão Pública e Auditoria Governamental. É Auditora Interna da Controladoria Geral do Estado de Minas Gerais.

Anna Flávia Moreira Silva é aluna de graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais e atuante no grupo de pesquisa e estudos internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNET). Tem como áreas de atuação e interesse em pesquisa: Direito Financeiro e Tributário, Direito Internacional Privado, Direito da Internet.

Bárbara Moreira Carvalho é graduanda do 5º período de Direito da UFMG. Atualmente integra a Clínica de Direitos Humanos no Núcleo de Concessões de Rádio e Rádios Comunitárias.

Bruno de Oliveira Biazatti é aluno de graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. É coordenador do Grupo de Estudos sobre Direito Internacional – Corte Internacional de Justiça e do Grupo de Estudos sobre Direito Internacional Humanitário. É pesquisador do CNPq e do Centro de Direito Internacional (CEDIN).

Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida é graduando em Direito pela PUC-Minas e pesquisador FAPEMIG. É assistente jurídico do grupo Evangelista Almeida Advogados e possui curso de extensão em Propriedade Intelectual pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Eduardo Lopes Salatiel é filósofo (UFMG) e especialista em Direitos Humanos e Cidadania (ISTA). Atua como professor de filosofia na rede pública estadual de Minas Gerais e como educador social no PPCAAM/MG.

Fabiano Teodoro Lara é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008), concluiu o mestrado em Direito (FDUFMG) em 2001 e é bacharel em Direito pela UFMG (1996). Professor adjunto dos Cursos de Economia, Administração e Relações Internacionais do IBMEC, e professor adjunto de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG (graduação e pós-graduação).

Fabrizio B. Pasquot Polido é Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Francisco Júnior Tavares Knischewski é graduando em Direito na Faculdade Milton Campos (FDMC). Foi pesquisador de Iniciação Científica por um ano, com financiamento do CNPq, sob orientação da Profa. Mariana A. Lara. Integrou também o Grupo de Pesquisa em Teoria Geral do Direito Civil, da FDMC, por um semestre.

Gabriel Oliveira Vilela é estudante da graduação de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); membro bolsista da Clínica de Direitos Humanos da UFMG; e ex-integrante da Assessoria Jurídica Popular da UFMG.

Humberto Alves de Vasconcelos Lima é doutorando em Direito pela UFMG, onde realiza pesquisas na área de inteligência de Estado e Direito Internacional. Mestre em Inovação e Propriedade Intelectual pela UFMG, foi professor voluntário na disciplina “Proteção Internacional dos Direitos Humanos” na graduação em Direito da UFMG, no primeiro semestre de 2014.

João Vitor Silva Miranda é graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; bolsista da Clínica de Direitos Humanos da UFMG, atuando no projeto Concessões de Rádio e Rádios Comunitárias; Monitor do Grupo de Estudos Casa Verde — Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal, da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG.

Juliana Evangelista de Almeida é doutoranda em Direito pela PUC-Minas com bolsa FAPEMIG, Mestre em Direito pela PUC-Minas. Sócia proprietária do escritório Evangelista Almeida Advogados, professora da FUNCESI e da NOVA Faculdade.

Kym Marciano Ribeiro Campos é graduando do 9º período de Direito na Faculdade Milton Campos, Monitor de Direito Constitucional I e II e pesquisador voluntário na área de Governança e Sociedade Digital.

Kimberly de Aguiar Anastácio é graduanda em Ciência Política pela Universidade de Brasília e compôs a 2ª Turma da Escola de Governança da Internet, promovida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil. Atualmente, faz parte do Instituto Beta para a Internet e a Democracia – IBIDEM – e pesquisa sobre multissetorialismo e relações na rede.

Larissa Ferrassini Baldin é aluna de graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. É estagiária na Justiça Federal de Minas Gerais, na 28ª vara do Juizado Especial Cível. É membro do Grupo de Estudos em Oratória e Retórica da Universidade Federal de Minas Gerais.

Leandro Novais e Silva é procurador do Banco Central do Brasil em Belo Horizonte. Possui mestrado (2002/2003) e doutorado (2004/2007) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É também Professor Adjunto de Direito Econômico na FDUFG. É pesquisador associado do NECTAR — Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (ITA).

Linara Oeiras Assunção é professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá. Doutoranda em Direito (UFMG), Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas (UNIFAP). Assistente de Pesquisa IV do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA/Brasília).

Lucas Costa dos Anjos é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com formação complementar pela Baylor University School of Law. Especialista em Direito Internacional pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN). Bolsista CAPES e membro do Grupo de Estudos Internacionais de Propriedade Intelectual, Internet e Inovação (GNet).

Luciana Cristina de Souza é pesquisadora do CNPq e FAPEMIG. Doutora em Direito pela PUC-Minas, Mestre em Sociologia pela UFMG. Integrante do Grupo de Pesquisa em Democracia (RC10) da International Sociological Association (ISA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito e Sociedade Digital", Professora de Direito Constitucional e Sociologia Jurídica, atividades exercidas na Faculdade de Direito Milton Campos.

Luena Abigail Pimenta Ricardo é bolsista FAPEMIG, Graduada do 3º período do Curso de Direito da Faculdade Milton Campos. Coautora do pôster apresentado no CONPEDI 2015, com o título "Os conselhos de políticas públicas como instrumentos de consolidação da democracia no Brasil".

Luís Fernando Israel Assunção é graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisa e tem interesse nas áreas de Filosofia do Direito, Direito da Internet e Neuroética.

Luíza Couto Chaves Brandão é graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É bolsista do CNPq e membro do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNET-UFMG). Tem como áreas de interesse em pesquisa: Direito Internacional Privado, Direito Internacional Público, Relações Privadas Transnacionais, Cooperação Internacional e Propriedade Intelectual.

Luz Marianne Estrellita Solano Alcalde é graduanda em Direito pela Universidad Cesar Vallejo, no Peru; com experiência acadêmica na Universidad Nacional del Litoral, na Argentina. Tem interesse de pesquisa nas áreas de Direito Comercial Internacional, Direito Bancário e Contratos Internacionais.

Marcos Henrique Costa Leroy é bacharelando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador-bolsista do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) e pesquisador do Grupo de Estudos Internacionais de Propriedade Intelectual, Internet e Inovação (GNet), ambos da FDUFGM. Estuda atualmente na Université de Lille II – Droit na França.

Mariana Ferreira Bicalho é graduanda do Curso de Direito da Faculdade Milton Campos em Belo Horizonte, MG. Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG), com ênfase em Direito, Internet e Sociedade.

Pablo Leurquin é doutorando em Direito Econômico na UFGM e em Direito Internacional e Europeu na Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, bolsista do CNPq e do PSDE/CAPES. Mestre em Direito Econômico na UFGM, financiado pelo CNPq. Bacharel em Direito pela UFRN. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFGM.

Pâmela de Rezende Côrtes é mestranda em Direito e Bacharel em Ciências do Estado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente Bolsista CAPES/REUNI. Professora Voluntária de Psicologia Jurídica na UFGM. Coordenadora do Grupo de Estudos em Neuroética e Neurodireito, atuando também no subgrupo Relações entre o Ser e Dever-ser.

Pedro Vilela Resende Gonçalves é graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador e pesquisador do Grupo de Estudos em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual. Alumno da 2ª turma da Escola de Governança da Internet do Brasil. Pesquisa e tem interesse nas áreas de Direito da Internet e da Inovação, Direito Internacional Privado e Arbitragem Comercial Internacional.

Rafael da Silva Menezes é professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Doutorando em Direito (UFMG), Especialista em Direito Processual Civil (UFAM). Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas (FAPEAM). Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas.

Rômulo Magalhães Fernandes é diretor do Observatório de Direitos Humanos, da Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania (SEDPAC); Mestrando em Direito Público (PUC/Minas, 2014); foi Advogado do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte de MG (PPCAAM/MG, de 2011 a 2015).

Thiago Moreira Gonçalves é graduando em Direito pela UFMG e Relações Internacionais, pela PUC-Minas, com experiência acadêmica na Università di Bologna, na Itália; Tufts University, nos Estados Unidos; e Universidad Nacional del Litoral, na Argentina. Tem interesse de pesquisa nas áreas de Direito Internacional Público, Diplomacia, Política Externa e Processos de Integração Regional.

Victor Varcelly Medeiros Farias, advogado graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pós-graduado pela FGV em Direito Digital Aplicado e em Mediação de Conflitos, atua atualmente na área de Direito Digital, com foco em Marketing, publicidade e indústria do entretenimento.

PARTE I
PRIVACIDADE E
PROTEÇÃO DE
DADOS

A NECESSIDADE DE REPENSAR OS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE A SUA FLEXIBILIZAÇÃO E INTENSA VIOLAÇÃO NO MUNDO VIRTUAL

Francisco Júnior Tavares Knischewski

INTRODUÇÃO

O avanço da Internet faz essa tecnologia mais presente na vida das pessoas e, como consequência desse fenômeno, a maneira como elas interagem se modifica. Nessa nova interação, no espaço virtual, os direitos da personalidade ficam expostos a diversas formas de ataques, que resultam na insegurança dos sujeitos que se relacionam nesse meio. Frente a esse e outros desafios que a Internet apresenta para o direito tradicional, surgiram debates na sociedade sobre a necessidade ou não da criação de um novo ramo jurídico, com a finalidade específica de regulamentar a Internet.

Depois de vários argumentos a favor e contra um marco regulatório para a rede mundial de computadores, entrou em vigor no Brasil, no dia 23 de abril de 2014, a Lei nº 12.965/14, conhecida também como Marco Civil da Internet, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o seu uso no Brasil.

A Lei nº 12.965/14 trata de assuntos polêmicos, tais como a responsabilidade dos atores participantes da interação que acontece por meio da Internet, a fixação do tempo para o armazenamento dos registros de conexão e de acesso a aplicações, dentre outros. Essas e outras inovações foram analisadas ao longo do trabalho, a fim de se identificar as contribuições trazidas pelo Marco Civil da Internet de modo a aumentar a segurança para as relações que acontecem no ambiente virtual e para a efetiva tutela dos direitos da personalidade na sociedade digital.

A ORIGEM E O AVANÇO DA INTERNET

A Internet surgiu no período da Guerra Fria, através de um projeto de pesquisa militar (ARPA: Advanced Research Projects Agency) criado em 1969. O objetivo de sua criação pelos Estados Unidos era se defender de um possível ataque da União Soviética. Em um estudo feito sobre a origem da Internet, Gustavo Testa Corrêa observa que ela:

Teve sua origem nos Estados Unidos, onde uma rede de computadores de uso exclusivamente militar foi desenvolvida nos anos 60 como importante arma na guerra fria. Seus princípios de funcionamento eram, e ainda são, a procura de vários caminhos para alcançar determinado ponto, ou seja, na hipótese de um dos troncos (caminho pelo qual trafega o sinal eletrônico) estar obstruído, procuraria ela, automaticamente, um outro caminho que a substituísse¹.

Posteriormente, a Internet deixou de ter cunho somente militar e foi sendo divulgada nos meios acadêmicos, como um instrumento de pesquisa de universidades. Na visão de Carlos Alberto Rohrmann, o crescimento da Internet deu-se em razão de dois fatores:

O primeiro foi a popularização da World Wide Web (www)², graças ao surgimento de programas capazes de manipular interfaces gráficas. Tornou-se mais fácil (mais bonita e mais agradável) a comunicação de dados pela Internet. O segundo fator foi o surgimento de provedores de acesso, isto é, as empresas que possibilitam o acesso ao público em geral à Internet³.

1 CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.7.

2 A World Wide Web (www) é: “(...) um conjunto de padrões e tecnologias que possibilitam a utilização da Internet por meio dos programas navegadores, que por sua vez tiram todas as vantagens desse conjunto de padrões e tecnologias pela utilização do hipertexto e suas relações com a multimídia, como som e imagem, proporcionando ao usuário maior facilidade na sua utilização e também a obtenção de melhores resultados”. CORRÊA, Gustavo Testa. Op. cit., p.11.

3 ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p.7.

No Brasil, a Internet surgiu em 1989, porém, o seu uso era restrito às universidades e centro de pesquisas. O acesso ao público em geral deu-se apenas em 1995. A partir de então, o número de usuários vem crescendo rapidamente. A Nielsen IBOPE, que monitora a audiência da Internet no Brasil desde o ano 2000, através da ferramenta NetView, fez uma pesquisa sobre a inclusão digital no Brasil. Os resultados foram que o número de domicílios com acesso à Internet em 2014 chegou a 87,9 milhões em maio. Em comparação ao ano 2013, teve um aumento equivalente a 14,2 milhões, ou seja, um crescimento anual de 19%⁴.

No âmbito global, esse aumento de usuários também é notável. Segundo uma pesquisa feita pela agência da ONU, ITU (União Internacional de Telecomunicações), constatou-se que o número de usuários da Internet cresceu 6,6% em 2014, passando de 2,7 bilhões para quase 3 bilhões. Isso representa que 40% da população mundial está conectada⁵.

O LADO POSITIVO E NEGATIVO DA INTERNET

São vários os motivos que levam as pessoas a se sentirem atraídas pela Internet, porém, é importante destacar os principais: a velocidade e inexistência de barreiras territoriais impeditivas da circulação das informações. Cássio Brant identifica que:

Com a viabilidade e a rapidez das informações contidas nos diversos bancos de dados, a população se adaptou à tecnologia, buscando a utilização cada vez maior desse instrumento. A facilidade de propagação

4 ACESSO à Internet em domicílios dispara e chega a quase 90 milhões. Disponível em: <<http://www.nielsen.com/br/pt/press-room/2014/Acesso-a-internet-em-domicilios-dispara-e-chega-a-quase-90-milhoes.html>> Acesso em 15/12/2014.

5 INTERNET já tem quase 3 bilhões de usuários no mundo inteiro. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/internet-ja-tem-quase-3-bilhoes-de-usuarios-no-mundo-inteiro-14663501>> Acesso em: 01/03/2015.

de informações sem limites geográficos aproximou as pessoas entre os diversos países, criando uma sociedade virtual denominada de sociedade de informação⁶.

A capacidade de disseminação de uma informação em um curto intervalo de tempo na Internet é impressionante. Desse modo, pessoas bem intencionadas utilizam esses benefícios para, por exemplo, manter contato com amigos distantes e fazer pesquisas acadêmicas. Mas há também quem use a nova tecnologia como fonte facilitadora para cometer atos ilícitos, inclusive ofensas aos direitos da personalidade.

É notável que o número de casos de violações aos direitos da personalidade, tais como o direito à honra, imagem, privacidade e intimidade, aumentou significativamente no mundo virtual. A ONG SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, cuja finalidade é o enfrentamento aos crimes e violações aos Direitos Humanos na Internet⁷. O seu canal de comunicação para orientações, Helpline, indicou em 2012 apenas 8 atendimentos realizados via chat, que versavam sobre exposição íntima. Já em 2014, 78 pessoas foram atendidas sobre o mesmo tópico⁸.

Assim, atitudes ilícitas que seriam demasiadamente arriscáveis para os criminosos realizarem na esfera real são praticadas no meio virtual, pois a Internet possibilita mecanismos como o anonimato e a dispersão de provas incriminadoras. Por esses e outros motivos, se torna mais vantajoso para o violador da lei praticar o furto de dados bancários através da Internet, por meio de programas específicos, do que ir até a pessoa e constrangê-la a entregar informações. Há também a prática do comércio eletrônico de produtos ilícitos, não sendo exigível informações verídicas ao traficante quando ele realiza o seu cadastro

6 BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da informática. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.42, ab./jun., 2010, p.12.

7 QUEM SOMOS. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/institucional>> Acesso em: 27/04/2015.

8 INDICADORES Helpline. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/divulgue/helplineviz/helpchart-page.html>> Acesso em: 27/04/2015.

no site. Essas são algumas das situações que mostram a Internet como um potencial meio para a prática de crimes. Atento a isso, Corrêa observa:

Em vez de pistolas automáticas e metralhadoras, os ladrões de banco podem agora usar uma rede de computadores e sofisticados programas para cometer crimes. E, o pior, fazem isso impessoalmente, de qualquer continente, sem a necessidade de presença física, pois atuam num “território” sem fronteira e sem lei, acreditando que, por isso, estão imunes ao poder de polícia⁹.

Outra situação muito recorrente é quando o ofensor almeja violar honra ou imagem de alguém e, assim, envia o conteúdo ofensivo para sua lista de amigos de uma rede social, sabendo que a continuidade da propagação das informações na Internet será certa.

No espaço virtual, as esferas íntima e privada das pessoas são diariamente devassadas, seja pelo Estado, pelos setores empresariais ou por terceiros interessados nas informações circulantes na *web*. Os setores empresariais buscam essas informações com o objetivo de obterem poder, porque os rastros deixados por um internauta enquanto ele navega na Internet pode dizer a respeito das tendências do mercado. Assim, propagandas publicitárias são direcionadas para os possíveis consumidores, de maneira a atenderem as demandas do momento. Em outras palavras, Reinaldo Filho observa:

Os dados pessoais e as informações de foro íntimo são coletadas pelas empresas como estratégias de marketing, tendo em vista que com essa manipulação, elas percebem o perfil de seus clientes e direcionam os produtos a eles, fator esse que pode prejudicar o poder de decisão do indivíduo¹⁰.

⁹ CORRÊA, Gustavo Testa. Op. cit., p.44.

¹⁰ REINALDO, Demócrito Ramos Filho. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.76.

O Estado também vê relevância nessas informações, porque a partir delas é possível aproximar dos cidadãos, saber quais são as insatisfações e os programas sociais que devem ser mantidos ou melhorados. Em relação a essa devassa na esfera íntima e privada das pessoas ocorrida na Internet, Leonardi alerta:

Esse quadro é particularmente preocupante em relação à privacidade, cuja violação é exponencialmente facilitada pelas mesmas características e peculiaridades que tornam a Internet tão atraente, a tremenda facilidade de disseminação, de busca e de reprodução de informações, em tempo real, sem limitações geográficas aparentes¹¹.

Frente a essas violações, o ordenamento jurídico deve se adequar de forma a viabilizar respostas rápidas, como leis e procedimentos jurídicos menos burocráticos. Assim, será possível amenizar a dimensão das ofensas feitas por meio da Internet. Também deve haver leis reguladoras do tratamento dos registros e dados deixados quando uma pessoa navega na Internet, pois serão essas informações que servirão como provas em um eventual processo.

OS DESAFIOS DA INTERNET

A Internet é uma tecnologia nova, ainda em fase de exploração. Os curiosos de diversas áreas estudam o seu impacto sobre o comportamento humano. Marcel Leonardi observa que “(...) é cada vez maior o interesse da comunidade acadêmica, dos governos e da sociedade em geral, sobre as questões relacionadas à Internet”¹².

Autores, como Marcel Leonardi e Arnold Wald, vêem a necessidade de encarar o aspecto inovador da Internet quando comparada com as tecnologias tradicionais, porque constatam que essa nova tecnologia provoca mudanças profundas no comportamento humano. Com o avanço da Internet, houve

11 LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.42.

12 LEONARDI, Marcel. Op. cit., p.32.

modificações no modo como a sociedade vive e interage e, diferentemente de outras tecnologias, a Internet passa a desafiar de modo único a capacidade de controle pelos Estados¹³. Arnold Wald, ao referir-se a tal assunto, diz:

Ao contrário da evolução de outras tecnologias, que se realizou gradual e progressivamente, a da Internet ensejou uma verdadeira ruptura com o passado, caracterizando o que alguns economistas denominaram a “destruição criadora”, pois a nova técnica tornou-se, no mundo hodierno, “tão vital quanto a respiração¹⁴”.

Marcel Leonardi expressa que:

Em lugar de celebrar nostalgicamente um passado mais simples, ou de reagir com perplexidade e estupefação ao desenvolvimento tecnológico, profetizando desastres, afigura-se muito mais importante encontrar maneiras de desenvolver e regular essas tecnologias, de modo que elas alcancem seus objetivos, mantenham sua utilidade e, simultaneamente, protejam a privacidade e outros direitos fundamentais¹⁵.

Diante do aspecto inovador da Internet, surgem opiniões diversas sobre quais seriam as melhores maneiras de lidar com os desafios inerentes ao mundo virtual. Esse debate é importante para se chegar a uma resposta que dê maior segurança na interação que sucede nesse espaço.

13 Idem.

14 WALD, Arnold, Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**, Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins (cords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 11.

15 LEONARDI, Maciel. Op. cit., p.38.

DIVERGÊNCIAS SOBRE A NECESSIDADE DE REGULAMENTAR A INTERNET

Há divergências entre os estudiosos sobre quais seriam as melhores formas de lidar com o novo fenômeno que a Internet trouxe e que vem afetando a maneira como as pessoas se relacionam. Na área do Direito, há quem considere desnecessária a criação de um ramo jurídico específico que lide com as relações virtuais. Porém, há também uma corrente forte defensora do “Direito Virtual” como uma realidade. Ela é a favor da sua implantação em todos os ordenamentos jurídicos.

Cássio Brant cita em sua obra três correntes que estudam a necessidade da regulamentação das atividades e uso da Internet. São elas: arquitetura da rede, corrente legalista e minimalista. Segundo o autor, a primeira corrente seria defensora de uma não intervenção legalista, porque os próprios meios informáticos são autossuficientes a ponto de controlarem os abusos cometidos pelos usuários da Internet. Já a segunda corrente, a legalista, prevê que aquilo que diz respeito à informática e Internet deve ser regulado por leis, pois seria uma maneira de evitar problemas que advém do mau uso desse instrumento. A terceira corrente, chamada de minimalista, defende a regulamentação da nova tecnologia apenas no que for realmente necessário, sob consequências de criar repetições de textos de leis já existentes e processos legislativos demorados¹⁶.

Em outra obra, o autor faz crítica à lentidão da elaboração e concretização das leis frente à velocidade dos fenômenos virtuais. Ainda, propõe a adaptação da legislação vigente como solução para acompanhar o avanço tecnológico:

¹⁶ BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p.21.

Infelizmente, a legislação não consegue acompanhar o avanço tecnológico. A elaboração de leis demanda muito tempo para ser concretizada. Em contrapartida, a superação da tecnologia é algo que ocorre em período muito curto. Com isso, a dificuldade de regulamentação da internet é um grande desafio. Além disso, sabe-se que a internet não tem limites geográficos, decorrendo daí uma barreira para sua regulamentação em relação a outros países. Acompanhar esse fenômeno não é tarefa fácil e exige uma adaptação da legislação vigente aos novos conceitos de tecnologia¹⁷.

Juliana Evangelista de Almeida e Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida, além de considerarem também a atividade legislativa incapaz de acompanhar os avanços das novas tecnologias, propõem a aplicação das regras e princípios jurídicos já existentes aos novos desafios emergentes da interação na sociedade digital. Sendo assim, seria desnecessária a criação de um ramo jurídico específico destinado a legislar sobre questões condizentes à Internet e suas implicações¹⁸.

Há autores suscetíveis de que a Internet não se apresenta à sociedade apenas como uma tecnologia qualquer, mas sim, como uma tecnologia inovadora, capaz de impactar o ordenamento jurídico e exigir mudanças. Marcel Leonardi afirma: “(...) a Internet não é uma moda passageira e deve ser vista como um problema novo para a ciência jurídica”¹⁹. E prossegue:

17 BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da informática. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.42, ab./jun.,2010, p.13.

18 ALMEIDA, Juliana Evangelista de. ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. Os Direitos de Personalidade e o Testamento Digital. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, vol. 53, jan./mar., 2013, p. 194.

19 LEONARDI, Marcel, Op. cit., p.34.

A Internet não exige apenas novas soluções jurídicas para os novos problemas, ela também afeta a maneira como os problemas e as soluções jurídicas devem ser analisados. (...) A principal dificuldade, portanto, é oferecer propostas de soluções eficientes para os problemas práticos que se apresentam, reconhecendo as limitações do sistema jurídico²⁰.

Ao reconhecer o profundo impacto da Internet sobre a vida das pessoas e a insuficiência do direito tradicional para tratar de alguns assuntos relacionados ao mundo virtual, estudiosos defendem a criação de um novo ramo jurídico, específico, autônomo, com o fim de cuidar dos desafios peculiares que a Internet traz para a ordem jurídica. Nesse sentido, Marcelo Cardoso Pereira, defende: “(...) mostra-se necessário o reconhecimento de um novo direito o qual proteja não somente os dados pessoais estritamente íntimos dos indivíduos, senão que também amplie seu âmbito de tutela aos dados que não sejam propriamente íntimos”²¹. Isso significa que até os dados que não se apresentam em primeira análise como íntimos devem receber a devida tutela, porque quando tratados e manipulados por terceiros podem revelar aspectos da personalidade humana, e, logo, serem potencialmente lesivos à intimidade e privacidade. Demócrito Filho reconhece a importância de encarar o fato de a Internet ser uma tecnologia desafiadora ao ordenamento jurídico tradicional, porque assim é possível pensar nas alterações necessárias para fazer com que o Direito acompanhe a realidade:

O desenvolvimento da Internet e demais meios de comunicação, influenciando tão profundamente em nossas vidas, não desencadeou apenas uma revolução tecnológica, mas trouxe também a seu lado uma *revolução jurídica*. De fato, não se poderia pretender que o Direito ficasse indiferente a esse magnífico fenômeno humano. A todo impacto nas relações humanas corresponde igual reação no Direito. O avanço das tecnologias da informação na verdade está provocando o obsoletismo

20 Ibidem.

21 PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2003, p.153.

de muitos institutos jurídicos e a necessidade de reformulação em tantos outros. A necessidade de ajustamento dos sistemas jurídicos nacionais para enfrentar a realidade do mundo *on-line* é hoje o grande desafio para o Direito²².

Portanto, com a finalidade de proteger os direitos da personalidade e dar maior segurança jurídica para os agentes interativos por meio da Internet, mostra-se necessário olhar para ela como uma tecnologia inovadora, diferente, desafiante dos institutos jurídicos tradicionais, pois “(...) a nova realidade não se adaptará ao velho direito, mas sim continuará a criar novos desafios, dilemas e problemas”²³. Em outras palavras, torna-se importante a criação de uma lei que defina precisamente pontos em que o direito tradicional se torna obsoleto para resolver.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo o Código Civil de 2002, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. A personalidade jurídica da pessoa começa do nascimento com vida e vai até à morte. “A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o ser humano é dotado de personalidade”²⁴.

Os direitos da personalidade são aqueles valores considerados importantes por uma pessoa, uma dada sociedade, e que acabam sendo positivados²⁵. No ordenamento jurídico brasileiro, eles estão presentes no texto da Constituição da República de 1988 e há uma disciplina própria reservada a esses direitos no Código Civil de 2002, no livro de pessoas, artigos 11 ao 21. Tem-se como direitos da personalidade o direito à honra, imagem, vida, privacidade, intimidade,

²² REINALDO, Demócrito Ramos Filho. Op. cit, p.2.

²³ LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 13.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 26 ed. RIO DE JANEIRO: Forense, 2013, p.183.

²⁵ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício dos Direitos da Personalidade (Ou Como Alguém se Torna o que Quiser)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

integridade física e psicológica, entre outros. Mota Pinto os descreve como “(...) um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”²⁶.

Segundo Stancioli, os direitos de personalidade são:

(...) direitos subjetivos que põem em vigor, através de normas cogentes, valores constitutivos de pessoa natural e que permitem a vivência de escolhas pessoais (autonomia), segundo a orientação do que significa vida boa, para cada pessoa, em um dado contexto histórico, cultural e geográfico²⁷.

Embora o Código Civil de 1916 tenha sido omissivo na disciplina dos direitos da personalidade, não significa que não se sabia à época de sua existência. A sua origem remonta ao século XVIII, mais precisamente à Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, um dos primeiros documentos a valorizar a tutela da personalidade e dos direitos individuais. Porém, foi em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que surgiu a necessidade de proteger essa categoria de direitos. Os direitos da personalidade “(...) vão-se impondo, porém progressivamente no séc. XX. Têm o seu ponto mais alto na segunda metade do século, dentro do humanismo personalista que se expandiu por sobre as ruínas da guerra”²⁸.

Para José Oliveira de Ascensão, “Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem um absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana”²⁹.

26 PINTO Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p.101.

27 STANCIOLI, Brunello. Op.cit, p.95.

28 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade**. In: Revista Mestrado em Direito, n. 1, ano 6. Osasco, 2006, p.148. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf> Acesso em: 15 dez. 2014.

29 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os Direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte, 1997, p.12. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/portals/o/docs/institutos/icj/luscommune/ascensaojoseoliveira10.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2014.

Na interação por meio da Internet, os direitos da personalidade ficam expostos a inúmeras formas de ataques, principalmente os direitos à imagem, à honra, privacidade e intimidade. Assim, por exemplo, os direitos à privacidade e intimidade sofrem ataques quando *hackers* invadem computadores alheios, com o objetivo de capturar informações sigilosas. Como também há violação aos direitos à imagem e honra, na situação em que alguém disponibiliza na *web* algum material que contenha nudez, sem o consentimento da vítima retratada.

Como se sabe, o desenvolvimento da personalidade é comunicativo, acontece em interação, no desenrolar dos relacionamentos intersubjetivos³⁰. Frente a isso surge a necessidade de o Direito criar mecanismos para proteger de forma eficaz esse espaço reservado para a interação em que se dá a construção da pessoa. Dessa maneira, deve haver uma atenção especial para a Internet, pois o meio virtual é usado primordialmente para estabelecer comunicações entre bilhões de pessoas, ou seja, é uma área em que é possibilitada a interação.

O FENÔMENO DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nesse novo contexto, as relações sociais passam a ser estabelecidas virtualmente e, assim, há mudanças na maneira como as pessoas vivem e se relacionam. Isso faz com que os direitos da personalidade sejam analisados sob outra ótica, dado que o direito à privacidade e intimidade, por exemplo, não se apresentam mais com o mesmo contorno de anos atrás. Isso quer dizer que houve a flexibilização do direito à privacidade e intimidade, porque as pessoas permitem mais facilmente que as outras tenham acesso às suas informações, que no passado eram reservadas somente às pessoas mais próximas. Eduardo Tomasevicius analisa a importância do papel do Estado para essa mudança de concepção do que é privacidade:

30 LARA, Mariana Alves. **O Direito à Liberdade de uso e (auto) Manipulação do Corpo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p.74.

É certo que ninguém tem a opção de deixar de declarar sua renda, seus bens, o que já fez ou deixou de fazer na vida ou impedir terminantemente que se colem dados sobre seu corpo ou sobre informações acessadas ou sobre preferências. No entanto, nos últimos anos, deu-se um novo passo nesse avanço sobre a esfera da privacidade das pessoas. Em vez de se tentar invadir essa esfera, provocando resistências entre as pessoas, a estratégia alterou-se: criaram-se fortes estímulos para que as próprias pessoas renunciem voluntariamente a sua privacidade por meio do acesso fácil e lúdico às redes sociais por computadores pessoais e, nos últimos tempos, por meio dos telefones celulares³¹.

Então, as informações anteriormente conseguidas pelo Estado por meio da invasão na esfera íntima e privada, passaram a ser adquiridas pela exposição feita pelas próprias pessoas na Internet. Outra mudança perceptível diz respeito ao direito à imagem, pois quando não existia a opção de publicar uma foto na Internet, mas apenas a possibilidade da pessoa ser retratada em pinturas feitas, por exemplo, em quadros, era mais fácil controlar a circulação do conteúdo ofensivo e fazer o reconhecimento do ofensor. Assim como o direito à privacidade e intimidade, o direito a imagem também se tornou flexível, porque as pessoas autorizam, dependendo do conteúdo, a veiculação de imagens que as retratem sem o seu consentimento prévio.

Porém, esse fenômeno da flexibilização dos direitos da personalidade não justifica que terceiros realizem ofensas virtuais; ou invadam, por exemplo, uma rede social trancada para visualização de terceiros estranhos; ou até mesmo venham a pensar que ao veicular uma imagem sem o consentimento da pessoa em sua rede social, não serão alvos de indenização. Para isso, a Constituição da República de 1988 deixa expresso no art. 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Além disso, o

31 TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade da USP**. São Paulo, vol.109, 2014, p.138. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89230/Rev_2014_04> Acesso em: 24/04/2015.

Código Civil de 2002, no art. 12, dispôs que toda pessoa tem o direito de exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Assim, na situação em que a namorada faz um vídeo íntimo e envia para o seu parceiro, com a confiança de que o vídeo será segredo do casal, e em seguida ao término ele publica como vingança, a retratada nas imagens terá os seus direitos da personalidade violados. Para isso, o Direito prevê mecanismos para punir o responsável pelos danos. Como inovação, a Lei nº 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, trouxe uma série de dispositivos protetores para os internautas contra atos ofensivos aos seus direitos da personalidade, entre eles o artigo 21, que, no caso, poderá ser alegado pela vítima a fim de que o provedor de aplicações retire de circulação o material com conteúdo de nudez, não sendo necessária, neste caso, ordem judicial.

A IMPORTÂNCIA DO MARCO CIVIL DA INTERNET PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Demócrito Filho já destacava, em 2005, em sua obra “Responsabilidade por publicações na Internet”, a importância de se ter uma legislação específica que disporia sobre a responsabilidade civil na Internet. O autor, tendo como base o livro “*The Code and Other laws of Cyberspace*”, de Lawrence Lessig, criticava o fato de que a regulamentação da Internet visava primeiramente favorecer o desenvolvimento do comércio eletrônico (*e-commerce*), sem se preocupar com assuntos mais importantes, como a responsabilização por publicações causadoras de lesões à honra e à intimidade das pessoas, no mundo virtual. Em relação a esse exposto, pensado primeiramente por Lawrence Lessig, Demócrito Filho avalia:

Essa crítica parece ser totalmente procedente, pois pululam leis sobre assinatura digital, comércio eletrônico e proteção à propriedade intelectual, sendo pouco perceptível, na fase atual, movimento legislativo

voltado, p.ex., à proteção da privacidade e intimidade da pessoa humana ou qualquer outro dos direitos ligados à personalidade, indispensáveis à garantia da cidadania da pessoa no mundo virtual³².

A demanda por uma legislação específica no Brasil fez com que em 23 de abril de 2014 entrasse em vigor a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, criada com o objetivo de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Embora apresente uma linguagem técnico-jurídica, de difícil compreensão, a Lei trouxe contribuições para situações que antes se encontravam sem respostas no ordenamento jurídico brasileiro e, também, deu um passo significativo para a melhor proteção dos direitos da personalidade. Pela primeira vez, uma lei define a responsabilidade civil de cada ator participante dessa nova realidade – o mundo virtual, a fixação do tempo da guarda dos registros e, também, algumas formas de combater o alastramento da ofensa aos direitos da personalidade.

Os pontos do Marco Civil da Internet pertinentes ao trabalho serão analisados a diante, sendo que para isso foram expostos apenas os artigos da Lei nº 12.965/14 que, de certa forma, estão relacionados à tutela dos direitos da personalidade na sociedade digital.

A Lei trouxe no art. 7º, I, a seguinte previsão: aos internautas são assegurados direitos, como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Isso está em sintonia com o art. 5º, X, da Constituição da República de 1988 e com o art. 12 do Código Civil de 2002. Desse modo, a Lei nº 12.965/14 pretende reforçar a possibilidade de o ofendido requerer indenização pelos danos sofridos devido à violação dos direitos da personalidade. Porém, é preciso afirmar que a ausência do inciso exposto não mudaria a situação, pois é mera repetição de texto de leis que já existem e estão em vigor, independentemente, portanto, de reprodução pelo Marco Civil da Internet para a sua efetividade.

32 REINALDO, Demócrito Ramos Filho. Op.cit., p.8.

Ainda em referência ao artigo 7º, os incisos II e III, com vistas à proteção da privacidade e intimidade, mencionam respectivamente a inviolabilidade do sigilo do fluxo das comunicações pela Internet e o sigilo das comunicações privadas armazenadas, salvo se houver ordem judicial. Com isso, o Marco Civil da Internet impossibilita que haja violações aos direitos da personalidade, mais precisamente, o direito à privacidade e intimidade, por terceiros. Assim, a exigência da ordem judicial tem por finalidade trazer segurança jurídica para as pessoas usuárias da Internet se comunicarem, seja via *e-mail*, *chat*, vídeo, etc.

Já o art. 7º, X, obriga a exclusão definitiva dos dados pessoais que o usuário tiver fornecido a determinada aplicação de Internet³³. Desta forma, caso alguém seja cadastrado, por exemplo, em um *site* de relacionamentos e deseje por fim à sua conta, se a exclusão definitiva é requerida ao provedor de aplicações, ele deverá imediatamente apagar os dados pessoais fornecidos pelo internauta. Porém, haverá a necessidade de o *site* guardar os registros que a Lei diz ser necessário.

Antes do Marco Civil da Internet, não se sabia ao certo o que acontecia com as informações, quando a pessoa excluía a sua conta cadastrada. Dessa maneira, o art. 7º, X, teve em vista a proteção das informações pessoais dos internautas contra possíveis intromissões alheias, e, como consequência, inviabilizou a negociação econômica indevida, pois na sociedade digital esses dados são desejados devido ao alto valor que possuem.

Outras contribuições estão presentes no art. 10, que regulamenta a guarda e a disponibilização dos registros de conexão³⁴ e de acesso a aplicações de Internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações

33 A Lei nº 12.965/14 define aplicações de Internet como o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

34 A Lei nº 12.965/14 define registros de conexão como o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados.

privadas. Conforme o artigo, isso deve ser feito atendendo à preservação da intimidade, da vida privada, honra e imagem das partes diretas ou indiretamente envolvidas. Percebe-se, portanto, a finalidade da Lei nº 12.965/14 em tutelar os direitos da personalidade, porque as informações deixadas na Internet quando uma pessoa navega podem dizer sobre aspectos íntimos e privados que ela gostaria de manter fora do conhecimento alheio. Por isso, se torna preciso que os responsáveis por guardar e disponibilizar os registros, os dados e o conteúdo das comunicações privadas, façam o seu serviço observando os deveres de cuidado, sigilo e segurança. Assim, por determinação legal, a concessão das referidas informações só poderão acontecer mediante ordem judicial. Desse modo, não cabe ao provedor de conexão³⁵ ou de acesso a aplicação proporcioná-las às autoridades policiais, aos interessados ou ao Ministério Público. Porém, os dados cadastrais informativos sobre a qualificação pessoal, filiação e endereço, poderão ser concedidos, sem ordem judicial, às autoridades administrativas que detenham competência legal.

Uma das novidades do Marco Civil da Internet foi a fixação do prazo de armazenamento dos registros de conexão e de acesso a aplicação de Internet. Sobre a guarda dos mesmos, Brant observa sua importância para “(...) assegurar a formação de provas, que podem ser utilizadas em uma eventual situação de necessidade de quebra de sigilo dos dados para investigação criminal ou provas no âmbito administrativo ou de processos de causa de natureza cíveis ou trabalhistas, entre outros³⁶”.

O artigo 13, caput, dispõe sobre a obrigação do provedor de conexão à Internet em manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de um ano. Já o art. 15 determina ao provedor de aplicações de Internet, constituído na forma de pessoa jurídica e exercente desta atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, que

³⁵ No Brasil, tem-se como exemplo de provedores de conexão a Net Virtua, Brasil Telecom, Velox e operadoras de telefonia celular como TIM, Claro, OI e Vivo.

³⁶ BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p.260.

mantenha os respectivos registros de acesso a aplicações de Internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses. Quanto à referência da obrigação da guarda de registros de acesso a aplicações ser direcionada apenas para os empresários constituídos na forma legal, Damásio de Jesus e José A. Milagre criticam: “(...) não existe obrigação da guarda de registro para informais, amadores, pessoas físicas e entidades. Esse fato pode chamar a atenção do crime cibernético, que será atraído para aplicações mantidas por pessoas nestas condições³⁷”.

Em relação aos prazos para a guarda dos registros de conexão e aplicação, Cássio Brant critica o pouco objetivo da lei:

Se o intento é formar provas, para utilização em processos cíveis e penais, deveria este prazo ser superior. Por exemplo, se há necessidade de uma reparação de danos materiais, em que seja necessária a identificação do usuário em certa época, sabe-se que a prescrição deste tipo de indenização é de 3 anos, se o lesionado necessitar de provas para o seu processo, este certamente ficará prejudicado no caso de ajuizar a ação após um ano do fato, porque certamente terá desaparecido do banco de dados³⁸.

O §1º do art.13 proíbe que a responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão seja transferida a terceiros. O legislador deu maior relevância para os registros de conexão, porque são informações mais sigilosas e que contribuem de forma significativa para a produção de provas, pois dizem respeito à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal. Tudo isso permite facilitar a identificação da pessoa ofensora aos direitos da personalidade. Portanto, o legislador teve

37 JESUS, Damásio de e MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet Comentários à Lei n. 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.60.

38 BRANT, Cássio Augusto Barros. Op. cit., p.200-201.

a finalidade de impedir que a responsabilidade da guarda dessas informações mais sigilosas fosse transferida para terceiros³⁹.

Por força do art.14, na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de Internet. Entende-se que não cabe ao provedor de conexão armazenar informações condizentes às atividades do seu assinante, por exemplo, “curtidas” e pesquisas feitas na Rede, porque isso não estaria ligado à sua função de mero provedor de acesso de qualidade à Internet. Se não fosse a vedação legal, os internautas estariam diariamente expostos ao risco de terem as suas informações privadas devassadas por terceiros incompetentes, que poderiam manipulá-las ou até mesmo vendê-las, de forma a causar danos para a pessoa. Como já falado anteriormente, informações como os registros de acesso a aplicações de Internet podem revelar aspectos da personalidade humana, e, logo, causar graves ofensas aos direitos à privacidade e intimidade.

Outra grande inovação versa sobre a definição da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por outrem. O Marco Civil da Internet regulamentou de forma precisa e clara um tema que gerava grandes divergências, seja nas decisões judiciais, ou entre estudiosos. Então, o assunto foi disposto na Lei com a finalidade de uniformizar os julgados e dar uma base legal para os operadores do direito atuar com segurança.

Por conseguinte, o artigo 18 isenta o provedor de conexão à Internet de qualquer responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Este entendimento não era pacífico antes da Lei nº 12.965/14, pois existiam autores favoráveis à obrigação de reparar o dano por aqueles provedores da Internet em determinadas situações, como, por exemplo, nos casos que apresentava

39 Idem.

(...) dificuldade na identificação do infrator primário ou quando este, por motivos diversos, não estiver submetido à jurisdição nacional ou, ainda, quando o infrator primário não for pessoa civil ou criminalmente responsável por seus atos (uma criança, p.ex.) ou que não disponha de meios patrimoniais suficientes para reparar os prejuízos causados⁴⁰.

Frente aos casos em que os provedores de conexão foram responsabilizados civilmente de maneira indevida, Damásio de Jesus e José A. Milagre evidenciam:

Embora possa parecer um absurdo, muitos provedores de conexão, no Brasil, já foram condenados por atos de seus clientes na Internet. Em verdade, o provedor de conexão apenas oferece acesso à internet, não podendo se responsabilizar pelo conteúdo gerado por usuários ou pelo mau uso da rede⁴¹.

Santos, com esse mesmo pensamento, afirma ser ideal o requerimento de informações identificadoras pelo provedor que recebe assinantes ou clientes. Caso não o faça, estaria assumindo o risco de responder diretamente, se o anônimo causar algum ataque gerador de ofensas à honra e intimidade⁴².

Seguindo essa análise, na Lei nº 12.965/14 também fica expressamente definido que o provedor de aplicações de Internet só será 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 (art.19, *caput*).

Entretanto, esse não era o entendimento dos julgados antes do Marco Civil da Internet, uma vez que existiam posicionamentos no sentido da

⁴⁰ REINALDO, Demócrito Ramos Filho. Op. cit., p.236.

⁴¹ JESUS, Damásio de e MILAGRE, José Antônio. Op.cit., p.63 e 64.

⁴² SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001, p. 143.

responsabilidade objetiva do provedor de aplicações, ou seja, a responsabilidade civil independeria da prova de culpa ou dolo, porque bastaria o simples risco que a atividade oferece. Foi essa a posição do desembargador Saldanha da Fonseca:

O prestador do serviço Orkut responde de forma objetiva pela criação de página ofensiva à honra e imagem da pessoa, porquanto abrangido pela doutrina do risco criado; decerto que, identificado o autor da obra maligna, contra ele pode se voltar, para reaver o que despendeu. TJMG. Apel. Cível nº 1.0701.08.221685-7/001⁴³.

Também havia entendimentos em sentido de o provedor de aplicações à Internet responder subjetivamente. Caso ele recebesse alguma notificação extrajudicial e não retirasse o conteúdo ilícito do ar, por qualquer motivo, entendia-se que ele se omitiu e, por isso, responderia solidariamente com o autor da ofensa. Foi essa a colocação da Ministra Nancy Andrighi:

(...) 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. Recurso Especial nº 1.193.764 — SP (2010/0084512-0)⁴⁴.

Damásio de Jesus e José A. Milagre criticam o fato de que:

⁴³ VANCIM, Adriano Roberto e GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. **Os cybercrimes e o cyberbullying – apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/2E/E4/85/9A/68709310A3858E83180808FF/61.2012.pdf>> Acesso em: 19/06/2015.

⁴⁴ "STJ isenta provedores de responsabilidade pelo conteúdo criado por usuários." Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2011/09/stj-isenta-provedores-de-responsabilidade-pelo-conteudo-criado-por-usuarios/>> Acesso em: 19/06/2015.

Em muitos casos, mesmo colaborando com a autoridade judicial, identificando a autoria do crime eletrônico e removendo o conteúdo do ar, ainda assim provedores eram condenados, por terem “disponibilizado o meio” para a divulgação do conteúdo ou mesmo por “não terem fiscalizado os conteúdos que hospedavam”, o que hoje, sabe-se, é tarefa difícil de ser realizada⁴⁵.

Em vista disso, a pacificação trazida pela Lei frente às controvérsias referentes ao assunto oferece maior segurança jurídica aos provedores de serviços. Dessa maneira, o provedor de aplicações pode agir dentro de sua competência, sem a necessidade de se preocupar em fazer ponderações de valores, como, por exemplo, o que prevalecerá no caso concreto, se é a liberdade de expressão ou são os direitos da personalidade, função devida ao Poder Judiciário. Contudo, nada proíbe a presença de alguma cláusula contratual no sentido de fazer com que o provedor de aplicações retire conteúdos ofensivos do ar, por violar as regras do *site*. Nessa situação, se alguém se sentir ofendido por ter o seu material indisponibilizado pelo provedor, poderá mover uma ação contra ele alegando a violação ao direito à liberdade de expressão.

Há uma situação prevista no art. 21, responsável por grande auxílio para a proteção aos direitos de personalidade, pois impõe a responsabilidade subsidiária ao provedor de aplicações de Internet disponibilizador de conteúdo gerado por terceiros, violador da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Diante disso, é possível afirmar a excepcionalidade do artigo citado à regra, já que é a única situação de permissão à retirada do material ofensivo do ar sem prévia ordem judicial, sendo suficiente a notificação extrajudicial.

⁴⁵ JESUS, Damásio de e MILAGRE, José Antônio. Op. cit., p.65.

Fatos dessa natureza merecem uma resposta rápida e, atento a isso, o legislador considerou os prováveis danos à intimidade e privacidade que a vítima pode estar submetida com a prolongação do material ofensivo na Rede. Dessa forma, ele deixou a responsabilidade para o provedor de aplicações, com a finalidade de que uma notificação extrajudicial do retratado no material ofensivo seja suficiente para a retirada do conteúdo de circulação, dado que o seu prolongamento na Internet pode causar danos piores ou até irreversíveis para a pessoa. A Lei nº 12.965/14, ao prever essa possibilidade, permitiu que os direitos da personalidade fossem protegidos de forma eficiente e rápida, a fim de evitar maiores danos. Em consonância a isso, Brant avalia:

Tal situação apontada é importantíssima, visto que em situações deste cunho, muitas vezes, não há como esperar uma autorização judicial, pois a lesão aos direitos de imagem e da honra pode ter consequências irreparáveis. Uma lesão dessa natureza, na Internet, causa transtornos enormes para os envolvidos, como a perda de um emprego ou ter suas vidas prejudicadas, entre outras situações constrangedoras⁴⁶.

Há outros dois mecanismos que a Lei nº 12.965/14 traz e também visam proteger os direitos da personalidade de maneira mais eficiente e rápida:

ART. 19 § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

ART. 19 § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo

⁴⁶ BRANT, Cássio Augusto Barros. Op. cit., p.226.

na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ambos os dispositivos procuram agilizar a indisponibilização do conteúdo ofensivo aos direitos da personalidade, porque quanto maior for o tempo de sua permanência na Internet, maiores poderão ser as dimensões do dano para a pessoa. Contudo, em situações que exijam provas mais complexas e periciais, o ajuizamento da ação nos juizados especiais não se mostra eficaz⁴⁷.

O Marco Civil da Internet deixou lacunas a serem preenchidas por outras leis e decretos. Assim, por exemplo, foram os casos do direito autoral e do procedimento para apurar as infrações que recaem sobre a coleta, armazenamento, guarda e tratamento das informações circulantes na Internet. Esses e outros temas, como a criação de uma legislação protetora dos dados pessoais, se vierem a ser regulamentados de forma a assegurar a liberdade de expressão e proteger os direitos da personalidade serão grandes ganhos para a sociedade.

Em contribuição a isso, o art. 3º da Lei nº 12.965/14 traz como princípio a proteção de dados pessoais. Este princípio deu força ao Anteprojeto que trata sobre a proteção dos dados pessoais. Assim como foi com o Marco Civil da Internet, há a possibilidade da participação da população na elaboração do Anteprojeto, através de críticas e sugestões. Essa iniciativa tem como objetivo garantir e proteger, no âmbito do tratamento de dados pessoais, a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa, particularmente, em relação à sua liberdade, igualdade e privacidade pessoal e familiar, nos termos do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição da República⁴⁸.

⁴⁷ BRANT, Cássio Augusto Barros. Op. cit., p.264

⁴⁸ Essas e outras informações estão disponíveis em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>>
Acesso em: 27/03/2015.

CONCLUSÕES

A Lei nº 12.965/14 é recente e desperta a atenção dos estudiosos. Há quem considere o Marco Civil da Internet um grande avanço para a sociedade, mas há também quem o veja como desnecessário e cerceador da liberdade. Frente a várias críticas e elogios, o marco regulatório oferece uma série de contribuições para os navegantes e prestadores de serviços na Internet. A Lei foi importante, por exemplo, para os provedores de serviços, que passaram a ter segurança jurídica ao exercer a sua função. Também foi relevante para os internautas, que desfrutaram de forma mais segura às variadas funções proporcionada pela Internet, porque, como foi estudado, o Marco Civil da Internet se preocupou em garantir mecanismos para possibilitar uma conectividade mais segura, uma vez que a Lei reservou especial atenção para a tutela dos direitos da personalidade. Assim, quando uma pessoa navega no espaço virtual e deixa informações como rastros, os provedores de conexão e de aplicação devem protegê-las, tendo em vista as suas obrigações legais, inclusive o respeito ao direito à privacidade e intimidade.

Na recente interatividade, possibilitada pela Internet, as pessoas vivenciam os direitos da personalidade com contornos diferentes e há quem use essa circunstância para cometer ofensas virtuais. À vista disso, o Marco Civil da Internet foi essencial para deixar claro que o meio virtual não é mais aquele “território sem leis”, de impunidade, compreendido assim por muitos, mas um espaço ao qual o Direito dedica atenção especial, dado que a partir dele é possível se ter interação e, logo, haver o desenvolvimento da personalidade.

Portanto, com a finalidade de assegurar a liberdade de expressão e proteger os direitos da personalidade, o Marco Civil da Internet traz aporte às demais legislações. Embora a Lei seja falha em alguns pontos, ela contribuiu demasiadamente para a maior segurança nas interações que se dão na esfera virtual. Desse modo, a Lei nº 12.965/14 foi apenas o primeiro passo para a conscientização das pessoas sobre a efetividade do Direito para regular as relações jurídicas vivenciadas na Internet. É importante a construção de um espaço

seguro, para tanto deve haver a participação de todos aqueles que interagem na rede mundial de computadores: os provedores de conexão, os provedores de aplicações à Internet e os internautas. Sem equilíbrio entre os participantes dessa nova interação, a *web* se transforma em terreno fértil para a invasão da privacidade e ofensa aos demais direitos de personalidade. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

"Acesso à Internet em domicílios dispara e chega a quase 90 milhões." Disponível em: <<http://www.nielsen.com/br/pt/press-room/2014/Acesso-a-internet-em-domicilios-dispara-e-chega-a-quase-90-milhoes.html>> Acesso em 15/12/2014.

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. Os Direitos de Personalidade e o Testamento Digital. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, vol. 53, p.179- 200, jan./mar., 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Os Direitos de Personalidade no Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte, 1997, p.12. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/portals/0/docs/institutos/icj/luscommune/ascensaojoseoliveira10.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade**. In: Revista Mestrado em Direito, n. 1, ano 6. Osasco, 2006, p.148. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf> Acesso em: 15 dez. 2014.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da informática. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.42, p. 9-29, ab./jun.,2010.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

"Dados pessoais." Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>> Acesso em: 27/03/2015.

"Indicadores Helpline." Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/divulgue/helplineviz/helpchart-page.html>> Acesso em: 27/04/2015.

"Internet já tem quase 3 bilhões de usuários no mundo inteiro." Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/internet-ja-tem-quase-3-bilhoes-de-usuarios-no-mundo-inteiro-14663501>> Acesso em: 01/03/2015.

JESUS, Damásio de e MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet Comentários à Lei n. 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LARA, Mariana Alves. **O Direito à Liberdade de uso e (auto) Manipulação do Corpo**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2014.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

- PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à Intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2003.
- PINTO Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- QUEM somos. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/institucional>> Acesso em: 27/04/2015.
- REINALDO, Demócrito Ramos Filho. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001.
- STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício dos Direitos da Personalidade (Ou Como Alguém se Torna o que Quiser)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- STJ isenta provedores de responsabilidade pelo conteúdo criado por usuários. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/2011/09/stj-isenta-provedores-de-responsabilidade-pelo-conteudo-criado-por-usuarios/>> Acesso em: 19/06/2015.
- TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade da USP**. São Paulo, vol.109, 2014, p.129-169. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89230/Rev_2014_04> Acesso em: 24/04/2015.
- VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. **Os cybercrimes e o cyberbullying – apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/2E/E4/85/9A/68709310.A3858E83180808FF/61.2012.pdf>> Acesso em: 19/06/2015.
- WALD, Arnold, Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil. In: **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**, Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins (cords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A SEGURANÇA DE DADOS NA INTERNET E O PROGRAMA DE PROTEÇÃO: UM ESTUDO SOBRE AS EXPERIÊNCIAS DO PPCAAM/MG

Rômulo Magalhães Fernandes¹

Anna Carolina de Oliveira Azevedo²

Eduardo Lopes Salatiel³

INTRODUÇÃO

O assassinato de crianças e adolescentes é uma grave forma de violência que possui diferentes dimensões e, dessa forma, necessita de ações articuladas para a formulação de políticas públicas que sejam eficazes no seu enfrentamento. Entre essas políticas, destaca-se o papel do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM).

O PPCAAM, criado em 2003, é uma das estratégias do Estado brasileiro para a reversão do quadro de assassinatos de crianças e adolescentes no país. Trata-se de um Programa de Proteção composto por profissionais de diversos campos de atuação (direito, serviço social, psicologia e educação), com a função de elaborar um plano de segurança e gerir os procedimentos de proteção a pessoas em situação de risco extremo.

Nesse sentido, o presente capítulo tem como objetivo refletir sobre as práticas de uso consciente e seguro das redes sociais pelos profissionais do Programa

1 Autor: Advogado do PPCAAM/MG, Especialista em Ciências Penais (FIJ/RJ, 2012) e Prática Forense (Faculdade Newton Paiva/MG, 2013), Mestrando em Direito Público (PUC/Minas, 2014). E-mail: romulopn@yahoo.com.br.

2 Coautora: Anna Carolina de Oliveira Azevedo, Servidora Pública, Especialista em Direito do Trabalho (UFMG/UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA/2012), annac.azevedo@hotmail.com.

3 Coautor: Filósofo, Especialista em Direitos Humanos e Cidadania (Instituto Santo Tomás de Aquino, 2014), Educador do PPCAAM/MG. E-mail: eduardo.salatiel@gmail.com.

de Proteção no estado de Minas Gerais, tendo em vista os parâmetros definidos na Constituição da República de 1988 e no novo Marco Civil da Internet.

Sobre isto, cabe reforçar a importância dos fundamentos da Lei Federal nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”⁴. A referida lei elenca os fundamentos do uso deste meio de comunicação no Brasil, dentre os quais “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, a abertura e a colaboração, a finalidade social da rede”⁵.

A metodologia do PPCAAM, sintetizada em seu Guia de Procedimentos, aborda o tema da comunicação apenas de maneira breve, destacando duas passagens: a primeira, que associa os meios de comunicação à análise de gravidade da ameaça; e a segunda, que fala sobre os compromissos firmados com os protegidos e seus familiares durante o processo de inclusão no Programa, dentre os quais o cuidado com o sigilo e a não exposição mediante os meios de comunicação⁶.

Diante do avanço tecnológico na área da informação, o PPCAAM precisa aperfeiçoar a sua metodologia no que se refere à relação entre proteção e comunicação, em particular, sobre os instrumentos da Internet com os quais os profissionais deste Programa estão cotidianamente em contato. Questiona-se, assim, como qualificar o uso das tecnologias da informação pelos profissionais da equipe técnica do PPCAAM/MG, assegurando o sigilo dos seus dados pessoais quando estes avaliarem necessário?

⁴ Lei nº 12.965, de 22 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>. Acesso em 10 de jun. 2015.

⁵ Idem.

⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Programa de proteção a crianças e adolescentes ameaçados de morte: PPCAAM.** Organização: Heloiza de Almeida Prado Botelho Egas e Márcia Ustra Soares. Brasília, Presidência da República, 2010. pp.66-89.

A busca por respostas a tal indagação motiva o presente trabalho a refletir sobre o PPCAAM e o papel das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), sendo possível apontar orientações e parâmetros legais que garantam o direito à comunicação e a não exposição daqueles que estão inseridos no contexto de proteção.

A POLÍTICA DE PROTEÇÃO

No que diz respeito à idealização, a política de proteção a pessoas ameaçadas está relacionada a um contexto de aumento significativo das taxas de homicídios, sobretudo durante as décadas de 1980 e 1990. Ao longo dessas duas décadas, o número de homicídios por 100 mil habitantes cresceu, respectivamente, 89,9% e 20,3%, sendo que o crescimento ao longo do período 1980 a 2012 foi de 148,5%⁷.

A população jovem, sem dúvida alguma, foi a que mais sofreu nesse processo. Em 1980, a taxa de homicídios era de 19,6 para cada 100 mil jovens, chegando a 50,1 em 1999 e a 57,6 em 2012⁸. O modo como os jovens são afetados por esse fenômeno é descrito por Waiselfisz ao afirmar que “se na população não jovem só 2.0% dos óbitos foram causados por homicídio, entre os jovens os homicídios foram responsáveis por 28,8% das mortes acontecidas no período 1980 a 2012”⁹.

A última publicação do *Índice de Homicídios na Adolescência: IHA-2012* vai ainda mais longe. Estima-se que, se nada for feito para alterar as condições que

7 WAISELFSZ, Júlio J. **Mapa da Violência 2014**: os jovens do Brasil. Brasília: SGPR/SNJ/SEPPIR, 2014. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>. Acesso em: 10 de jun. 2015. p.27.

8 Ibidem. p. 29.

9 Ibidem. p. 30.

existiam em 2012, 42 mil adolescentes serão vítimas de homicídio entre 2013 e 2019 nos municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes¹⁰.

Nesse contexto, justifica-se a criação, em fins dos anos 1990 e início dos anos 2000, do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (PROVITA), do Programa de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos (PPDDH) e do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM). Esses programas são executados em diferentes unidades da federação por meio de convênio entre o governo federal e os governos estaduais. Enquanto o PROVITA busca proteger a integridade física de testemunhas e vítimas de crimes que estejam contribuindo em processo judicial, o PPDDH atua junto a pessoas cujas ameaçadas decorram da atuação na promoção ou defesa dos direitos humanos¹¹.

O PPCAAM, por outro lado, centra sua atuação na proteção de crianças e adolescentes expostos a situação de grave ameaça, podendo o trabalho ser estendido aos jovens de até 21 anos, desde que egressos do Sistema Socioeducativo. A forte influência da Doutrina da Proteção Integral, presente no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), faz com que o trabalho de proteção compreenda também o núcleo familiar, em uma busca por garantir o direito à convivência familiar e comunitária, dentre outros direitos.

Criado em 2003, o PPCAAM foi oficialmente instituído pelo Decreto Federal nº 6.231/2007, sendo que, em Minas Gerais, o Programa recebeu regulamentação complementar por meio do Decreto Estadual nº 44.838/2008. A estruturação e funcionamento do Programa são regidos, também, pelo seu Guia de Procedimentos que, entre outros elementos, estabelece uma equipe mínima para seu funcionamento. Esta deve ser composta por duas coordenações

¹⁰ MELO, Luis B. de; CANO, Ignácio (Orgs.). **Índice de Homicídios na Adolescência: IHA-2012**. Rio de Janeiro, Observatório de Favelas, 2014. Disponível em: <http://observatoriodefavelas.org.br/wp-content/uploads/2015/01/IHA_2012.pdf>. Acesso em 10 de jun. 2015. pp.21-22;

¹¹ Cf. <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/combate-as-violacoes/programas>>.

(geral e adjunta); advogado; assistente social; psicólogo; educador social; assistente administrativo e motorista¹².

A valorização da intervenção interdisciplinar está fundada sobre:

A complexidade envolvida na execução do Programa, marcada por múltiplas determinações [...]. Entende-se tal prática como a de interação participativa que inclui a construção e pactuação de uma axiomática comum a um grupo de campos de saberes conexos com objetivos múltiplos, pautados pela horizontalidade nas relações de poder entre as áreas envolvidas¹³.

Os procedimentos relacionados ao trabalho de proteção iniciam-se com o recebimento de solicitação de inclusão, a qual é realizada por uma das Portas de Entrada (Conselho Tutelar, Ministério Público ou Poder Judiciário) ao tomar conhecimento de um possível caso de ameaça de morte. A essa pré-avaliação, realizada por uma das instituições citadas, segue-se a entrevista de avaliação, a ser realizada por dois profissionais da equipe técnica do PPCAAM, sempre que possível, com formações acadêmicas distintas. Constatada a existência de ameaça de morte iminente, endereçada à criança ou ao adolescente, procede-se a análise para inclusão. Decidindo-se por esta, e aceita a proposta de proteção pelo adolescente e seus familiares, é assinado um Termo de Compromisso com as responsabilidades de cada envolvido (usuário, PPCAAM e Porta de Entrada).

No geral, o processo de proteção consiste na retirada imediata da criança ou do adolescente, bem como de seu núcleo familiar, do local onde se deu a ameaça e no encaminhamento dos mesmos para um local seguro. Este é definido, sobretudo, a partir de avaliação técnica, que deve levar em conta, dentre

12 BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Programa de proteção a crianças e adolescentes ameaçados de morte: PPCAAM**. Organização: Heloiza de Almeida Prado Botelho Egas e Márcia Ustra Soares. Brasília, Presidência da República, 2010. pp. 68-77.

13 Ibidem. p. 68.

outros fatores, a extensão da ameaça, o poder do ameaçador e a ocorrência de exposição midiática. Um dos objetivos do Programa é garantir condições para que a família se estabeleça no novo local, buscando, para isso, articular a rede dos mais diversos atendimentos em saúde, educação, assistência social, trabalho, cultura e lazer.

Durante esse processo, o trabalho de monitoramento por parte da equipe técnica se mostra muito importante. Tendo em vista que uma atitude qualquer pode levar o paradeiro da família ao conhecimento do ameaçador, colocando em risco não somente os incluídos, mas também os próprios profissionais do Programa, a observância das normas de proteção se faz extremamente necessária¹⁴.

A utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) nesse contexto merece uma abordagem cuidadosa, sobretudo por parte dos profissionais do PPCAAM. Não obstante, o Guia de Procedimentos do Programa aborda a questão da comunicação apenas de maneira breve, seja quando trata da relação entre meios de comunicação e análise da gravidade da ameaça, seja quando da fixação de compromissos entre protegidos e equipe do Programa, entre os quais o cuidado com o sigilo e a não exposição através dos meios de comunicação¹⁵.

Observando os dados relativos ao perfil dos protegidos pelo PPCAAM/MG, reafirma-se a importância da presente discussão. Salatiel apresenta o seguinte panorama, a partir de dados do período de janeiro de 2009 a julho de 2014:

- I 77,9% são do sexo masculino;
- II 77,5% pertencem à raça negra;
- III 61,5% apresentam faixa etária entre 15-17 anos;
- IV 83,1% não completaram o ensino fundamental;

14 Ibidem. p.72.

15 Ibidem. pp. 66-89.

- V 61% são moradores de vilas e favelas da capital;
- VI 72% têm a genitora como principal referência familiar;
- VII 60,1% têm renda familiar de até 1 salário mínimo;
- VIII 56,3% foram ameaçados por envolvimento com o tráfico¹⁶.

Como se pode verificar, mais de 56% dos casos foram ameaçados por envolvimento com o tráfico de drogas, ou seja, por agentes com significativo poder ofensivo. Há, ainda, um agravante, tendo em vista que parte dessas ameaças são produzidas por policiais envolvidos com redes de criminalidade. Nesse sentido, procura-se refletir sobre quais medidas preventivas podem ser tomadas para qualificar o uso das redes sociais por parte dos profissionais do PPCAAM, assim como que contramedidas podem ser adotadas quando identificada alguma exposição indevida.

SEGURANÇA NAS COMUNICAÇÕES E A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Na atualidade, a inovação tecnológica e a expansão das novas mídias vêm modificando profundamente os relacionamentos humanos e o processamento de informações. A geração atual tem acesso disponível a uma gama de recursos tecnológicos que são considerados componentes sociais importantes da vida moderna¹⁷.

Nesse contexto, a internet é uma ferramenta poderosa que facilita o acesso à informação em qualquer lugar do planeta. No “espaço virtual”, as pessoas trocam informações, interagem, escrevem para outras pessoas, etc.. Quanto às ferramentas da Internet, destaca-se o uso das redes sociais, que podem

¹⁶ SALATIEL, Eduardo L. **Fracasso Escolar e Criminalidade: uma abordagem de trajetórias escolares de adolescentes ameaçados de morte em proteção no estado de Minas Gerais**. 2014. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direitos Humanos e Cidadania) – Instituto DH/Instituto Santo Tomás de Aquino, Belo Horizonte. p. 21.

¹⁷ COSTA, Ivanilson. **Novas tecnologias e aprendizagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2014. p.30.

ser definidas como “estruturas sociais compostas por pessoas ou organizações, conectadas por vários tipos de relações e [que] partilham de valores e objetivos comuns”¹⁸.

Tal realidade de adesão à Internet e às redes sociais pode ser comprovada em diversas pesquisas sobre o tema. A pesquisa *Ibope – NetRating*, por exemplo, indicou que o Brasil é o primeiro do mundo em tempo de navegação na Web, uma vez que o país contabiliza 73,9 milhões de internautas¹⁹. Essa perspectiva é complementada pelo estudo *think tank Social Revolution*, que afirma que se o Facebook fosse um país, seria o terceiro maior do planeta²⁰. Apesar de usualmente associadas ao “mundo virtual”, a Internet e as redes sociais fazem parte de um mundo real que, como tal, também encerram alguns perigos: invasão de privacidade, uso indevido das informações, vazamentos de dados restritos, propagação de mensagens e programas maliciosos, contato com pessoas mal-intencionadas, entre outros²¹.

Nesse sentido, vale a ressalva de Álvaro A. Sanchez Bravo:

Como punto de partida, es necesario considerar que pese lo obvio que pudiera parecer, la tecnología no es, por si misma, ni buena ni mala. Es a utilización que la misma se haga la que determinara la naturaleza y extensión de sus beneficios e perjuicios²².

18 Ibidem. p.84.

19 Ibidem. p.34.

20 SAYAD, Alexandre Le Voci. **Idade Média: a comunicação reinventada na escola**. São Paulo: Aleph. 2011. p.33.

21 CENPEC. **Navegar em segurança**: por uma infância conectada e livre de violência sexual. 3. ed. São Paulo: Childhood Instituto WFC Brasil, 2012. Disponível em: <[http://new.netica.org.br/educadores/aquivos-cartilhas/navegue-com-seguranca.pdf?view=true](http://new.netica.org.br/educadores/aquivos-cartilhas/navegue-com-seguranca.pdf?view=true;)>. Acesso em: 01 de jun. 2015. p.15.

22 BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Sociedad Tecnológica e Implicaciones Ciudadanas. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de (org.). **Direito e novas tecnologias da informação**. Curitiba: Íthala, 2015. p.14.

Tal ideia é complementada por Têmis Limberger:

[...] Deve-se dar destaque a todas as possibilidades trazidas pela internet e sua cabal conquista para a humanidade, sem esquecer que a mesma pode ser utilizada de forma ambígua, aportando elementos que ora agregam e ora desagregam. Reflete ainda que a Internet é uma experiência tecnológica, mas que seu uso é conduzido pela mão humana, e, por isso, não pode ser classificada como boa ou ruim. Tudo depende da sua utilização²³.

De forma geral, não existe forma de comunicação totalmente segura. E, nesse sentido, as redes sociais, como qualquer outra ferramenta de comunicação, devem ser utilizadas de maneira crítica e responsável pelos seus usuários.

O *Novo Manual de Proteção para Defensores de Direitos Humanos*, ao tratar da segurança na troca de informações por intermédio da Internet, adverte sobre a necessidade do usuário levantar três perguntas antes de utilizar essa ferramenta: “você confia na pessoa com que está falando?”, “ela precisa saber da informação que você lhe está dando?”, “você está num ambiente seguro?”²⁴.

É fundamental que todo membro da equipe do PPCAAM, desde a sua contratação, conheça o projeto político desenvolvido pelo Programa de Proteção no qual faz parte. Trata-se de enfatizar o compromisso com os Direitos Humanos e com a promoção da proteção de crianças e adolescentes ameaçados de morte a partir de procedimentos específicos na área de segurança. Dessa forma, o profissional nunca deve perder de vista o contexto do PPCAAM, bem como a sua finalidade.

23 LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.139.

24 EGUREN, Enrique; CARAJ, Marie. **Novo Manual de Proteção para Defensores de Direitos Humanos**. Tradução de Rui Correia. Protection International: Bruxelas, 2009. p.115.

Medidas preventivas podem qualificar o uso das redes sociais pelos profissionais do PPCAAM. Estes devem buscar preservar a sua privacidade, lembrando que após a propagação de uma informação é muito difícil controlá-la. Antes de divulgar algo é preciso pensar com cuidado, pois nem sempre é possível voltar atrás²⁵.

Entre essas ações preventivas, apontam-se: a) proteção do perfil nas redes sociais (utilizar opções de privacidade, manter seus dados e perfis privados, restringir o acesso ao e-mail, selecionar contatos de amizade, elaborar senhas de maior complexidade, evitar uso da mesma senha para diferentes finalidades); b) proteção do computador (utilizar mecanismos de segurança, desconfiar de mensagens recebidas, ter cautela ao acessar links reduzidos); c) não exposição da sua localização (cuidado com a exposição de fotos e vídeos dos quais seja possível deduzir a sua localização, não divulgar planos de viagem, evitar a ferramenta de geolocalização); d) não divulgação de dados cadastrais (não utilizar redes sociais para divulgar documentos, como CPF, RG, endereço residencial ou comercial, números de telefone)²⁶.

Considera-se, ainda, que, se identificada alguma exposição indevida nas redes sociais ou nos sites da Internet em geral, o profissional pode definir contramedidas que minimizem a situação de risco, como solicitar a retirada de dados pessoais de sites ou denunciar eventuais abusos para o responsável por determinada rede social.

Outro desafio é manter-se sempre atualizado sobre as novas Tecnologias da Informação e Comunicação. Capacitações, leitura de materiais e contato com entidades comprometidas com o tema da comunicação podem ajudar na

25 CERT.br. **Segurança para a Internet**: versão 4.0/CERT.br. São Paulo: Comitê Gestor de Internet no Brasil, 2012. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/>>. Acesso em: 01 de jun. 2015. p.85.

26 Ibidem. pp.85-91.

aprendizagem sobre as TICs, considerando, inclusive, o bom uso dos recursos de segurança e privacidade que estejam disponíveis²⁷.

Como se pode perceber, a construção de uma cultura de segurança quanto ao uso das redes sociais deve ser priorizada no contexto de trabalho do PPCAAM, de forma a estabelecer um processo educativo no qual o próprio profissional desenvolva seu senso crítico sobre a relação entre proteção e os meios de comunicação.

Assim, no que se refere ao sigilo dos dados pessoais e dos dados dos protegidos, é relevante para o profissional de um Programa de Proteção como o PPCAAM “ser consciente de sua informação e de quem tem acesso a ela”, “desenvolver hábitos de segurança e usá-los corretamente” e “utilizar as ferramentas apropriadamente”²⁸.

A PROTEÇÃO E O NOVO MARCO CIVIL DA INTERNET

É inegável a influência da Internet na forma de produção e de circulação de informação e conhecimento entre as pessoas²⁹, tornando as trocas de dados mais rápidas e contextualizadas, diretamente conectadas com os acontecimentos fáticos cotidianos³⁰. Esse novo e dinâmico contexto também se reflete nas relações jurídicas estabelecidas na sociedade, criando novos desafios para entes privados e públicos no tratamento do tema.

27 CAIS/RNP. **Segurança em redes sociais: recomendações gerais**. Centro de Atendimento a incidentes de segurança ICAIS/RNOJ. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.rnp.br/_arquivo/disiz009/rnp-disi-2009-cartilha.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2015. pp.2-15.

28 EGUREN, Enrique; CARAJ, Marie. Op. cit., p. 115.

29 STAHLHÖFER, Iásin Schäffer; SOUZA; Liége Alendes. Pink e o Cérebro: a dominação de novas tecnologias na reflexão sobre cidadania. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de; SILVA, Rosane Leal da Silva (orgs.). **Direito e Novas Mídias**. Curitiba: Íthala, 2015. p.129.

30 Ibidem. p. 135.

Exemplo disso é a publicação do Marco Civil da Internet no Brasil, como é denominada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da internet.

Conforme afirma Marcel Leonardi:

A experiência do Marco Civil da Internet é única: teve inspiração no Decálogo da Internet – dez princípios fundamentais, estabelecidos pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, para embasar as ações para o desenvolvimento da Internet em nosso país – e foi objeto de consulta pública online em duas fases: na primeira, indagou-se à comunidade de usuários, empresas, sociedade civil e ao público em geral quais temas deveriam fazer parte de um marco regulatório civil para a Internet no Brasil; na segunda, com apoio nas contribuições recebidas na fase anterior, um texto-base do projeto de lei foi apresentado à sociedade e submetido à consulta aberta, resultando em centenas de contribuições e manifestações [...]³¹.

Entre os assuntos disciplinados no Marco Civil da Internet, destacam-se a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, que, segundo o artigo 3º, incisos II e III, constituem princípios do uso da Internet no Brasil.

O Marco Civil da Internet estabelece normas para a proteção da privacidade, que alcançam a guarda e o tratamento de registros, dados pessoais ou comunicações, por provedores de aplicações ou de conexões e a forma como essas informações devem ser disponibilizadas ao cidadão. Assim, o usuário passa a ter reconhecido o direito de não ter seus dados, incluindo hábitos de navegação e logs, repassados a outras pessoas sem o seu consentimento expresso e livre.

³¹ 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: 10 de jun. 2015. p.2.

A proteção à privacidade é reforçada no artigo 8º, que afirma: “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”³². Ademais, o parágrafo 3º do artigo 9º deixa claro que é “vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados”³³. Ou seja, o Marco Civil cria novos mecanismos para proteger a privacidade do internauta brasileiro.

No que concerne ao objetivo dessa pesquisa, vale destacar os seguintes direitos dos usuários de internet, previstos na Lei nº 12.965/2014:

ART. 7º ○ 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;

[...]

VII não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

[...]

IX consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

32 BRASIL. Lei nº 12.965, de 22 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/12965.htm>. Acesso em>. Acesso em 10 de jun. 2015.

33 Idem.

- x exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei³⁴.

Percebe-se, contudo, que a interface entre as novas tecnologias da informação e comunicação e o Direito ainda necessita de maior aprofundamento no campo jurídico, especialmente no que se refere à definição de formas de controle e de acesso a informações pessoais que assegurem os direitos dos usuários da internet e a responsabilização daqueles que cometerem abusos³⁵.

A partir da aplicação do Marco Civil da Internet são esperados novos desdobramentos legais. As regulamentações deverão, necessariamente, tratar dos padrões de segurança para a guarda de dados pessoais, esclarecer ao usuário como seus dados serão usados e identificar quais os procedimentos de segurança deverão ser adotados para que essa proteção seja efetiva.

Outro ponto que também aguarda regulamentação mais detalhada é a noção de privacidade na rede. A título de exemplo, citam-se um conjunto de artigos nos quais se espera maior regulamentação: Artigo 10, §4º (procedimentos de segurança e de sigilo por prestadores de serviços); Artigo 11, §3º (prestação de informações referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações); Artigo 11, §4º (procedimento de apuração de infrações relacionadas à privacidade).

É preciso destacar, por último, que:

34 BRASIL. Lei nº 12.965, de 22 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>. Acesso em 10 de jun. 2015.

35 CRUZ, Marco Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; SOUSA, Jéffson Menezes. Proteção de dados ou autodeterminação informativa no Brasil? OLIVEIRA, Rafael Santos de; SILVA, Rosane Leal da Silva (orgs.). **Direito e Novas Mídias.** Curitiba: Íthala, 2015. p.178-179.

O Marco Civil da Internet não resolve toda a complexa problemática envolvendo os direitos na Internet, mas é um primeiro passo da legislação brasileira, o início de uma busca de regularização do uso dessa ferramenta revolucionária com o objetivo de se proteger os direitos e garantias de todos os indivíduos dentro do eterno conflito entre liberdade e controle³⁶

Trata-se de um avanço no uso da Internet no Brasil que toca, também, as especificidades e demandas envolvidas no trabalho de Programas de Proteção, a exemplo do PPCAAM/MG.

Como abordado anteriormente, é um desafio do Programa consolidar os procedimentos específicos de segurança de dados dos protegidos e dos profissionais das equipes, bem como construir uma cultura de segurança quanto ao uso das redes sociais como estratégia de trabalho no PPCAAM.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, as novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) provocaram transformações de costumes na sociedade, levantando desafios inéditos relacionados à proteção dos direitos dos seus usuários, notadamente no que se refere à proteção de dados da pessoa e à noção de privacidade na rede. Nesse contexto, a Internet é emblemática, pois simboliza um conjunto de mudanças na organização da sociedade em rede e traz à tona novas contradições a serem compatibilizadas pela ordem jurídica.

36 CELANT, João Henrique Pickcius; MENEGHETTI, Tarcísio Vilton. Liberdade e controle no ciberespaço: uma análise do marco civil da internet e do governo eletrônico. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Orgs.). **Direitos e Novas Tecnologias II**. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 8-25. p.22.

Assim como alerta Carlos Bruno Ferreira da Silva, o “homem não precisa desistir dos avanços da tecnologia nem do mundo em rede”³⁷, cabendo ao Direito estabelecer a interface entre as TICs e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não há dúvida que o Marco Civil da Internet é um passo importante para a solução da complexa relação entre o Direito e as tecnologias da informação e da comunicação. Por outro lado, o Estado brasileiro não pode se acomodar, sendo necessário avançar na regulamentação da proteção da privacidade e de dados, para, desse modo, tutelar efetivamente direitos e garantias no âmbito da Internet.

Considerando a atuação dos profissionais e usuários atendidos pelo Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte, uma ordem jurídica robusta relaciona-se diretamente com a finalidade dessa política pública. A adequada regulamentação da proteção da privacidade e dos dados do usuário aumenta sensivelmente a capacidade de atuação do PPCAAM na construção de ações de segurança que garantam, em última instância, a preservação do direito à vida de seus protegidos.

Assim, além de conhecer e manter-se sempre atualizado sobre as novas Tecnologias da Informação e Comunicação, o profissional do PPCAAM precisa desenvolver um senso crítico sobre a relação entre proteção e os meios de comunicação. ✨

37 SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. **Proteção de Dados e Cooperação Transnacionais: Teoria e Prática na Alemanha, Espanha e Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 238.

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº. 6.231, de 11 de outubro de 2007. Institui o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte – PPCAAM. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2007.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Belo Horizonte: CEDCA, 2012.

_____. Lei nº 12.965, de 22 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>. Acesso em: Acesso em 10 de jun. 2015.

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Programa de proteção a crianças e adolescentes ameaçados de morte: PPCAAM**. Organização: Heloiza de Almeida Prado Botelho Egas e Márcia Ustra Soares. Brasília, Presidência da República, 2010.

BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Sociedad Tecnológica e Implicaciones Ciudadanas. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de (org.). **Direito e novas tecnologias da informação**. Curitiba: Íthala, 2015.

CAIS/RNP. **Segurança em redes sociais: recomendações gerais**. Centro de Atendimento a incidentes de segurança ICAIS/RNOJ. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.rnp.br/_arquivo/disi2009/rnp-disi-2009-cartilha.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2015.

CELANT, João Henrique Pickcius; MENEGHETTI, Tarcísio Vilton. Liberdade e controle no ciberespaço: uma análise do marco civil da internet e do governo eletrônico. In: SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; NASCIMENTO, Valéria Ribas dos (Orgs.). **Direitos e Novas Tecnologias II**. XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 8-25.

CERT.br. **Segurança para a Internet: versão 4.0**/CERT.br. São Paulo: Comitê Gestor de Internet no Brasil, 2012. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/>>. Acesso em: 01 de jun. 2015.

CENPEC. **Navegar em segurança: por uma infância conectada e livre de violência sexual**. 3. ed. São Paulo: Childhood Instituto WFC Brasil, 2012. Disponível em: <<http://new.netica.org.br/educadores/aquivos-cartilhas/navegue-com-seguranca.pdf?view=true>>. Acesso em: 01 de jun. 2015.

COSTA, Ivanilson. **Novas tecnologias e aprendizagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2014.

CRUZ, Marco Rodrigues da Cunha; COSTA, Carlos; SOUSA, Jéffson Menezes. Proteção de dados ou autodeterminação informativa no Brasil? OLIVEIRA, Rafael Santos de; SILVA, Rosane Leal da Silva (orgs.). **Direito e Novas Mídias**. Curitiba: Íthala, 2015.

EGUREN, Enrique; CARAJ, Marie. **Novo Manual de Proteção para Defensores de Direitos Humanos**. Tradução de Rui Correia. Protection International: Bruxelas, 2009.

ENEGHETTI, T. V.; CELANT, J. H. P.. **Liberdade e Controle no Ciberespaço: uma análise do Marco Civil da Internet e do Governo Eletrônico**. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9caf93105becc0>>. Acesso em: 10 de jun. 2015.

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: 10 de jun. 2015.

- LIMBERGER, Têmis. **Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- MELO, Luis B. de; CANO, Ignácio (Orgs.). **Índice de Homicídios na Adolescência: IHA-2012**. Rio de Janeiro, Observatório de Favelas, 2014. Disponível em: <http://observatoriodefavelas.org.br/wp-content/uploads/2015/01/IHA_2012.pdf>. Acesso em 10 de jun. 2015.
- MINAS GERAIS. Governo do Estado. Decreto Estadual nº 44.838 de 19 de junho de 2008. Regulamenta a Lei nº 15.473, de 28 de janeiro de 2005, que dispõe sobre o Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte no Estado de Minas Gerais - PPCAAM. Minas Gerais, **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, 20 jun. 2008. p. 1. Disponível em <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em 10 jun. 2015.
- SALATIEL, Eduardo L. **Fracasso Escolar e Criminalidade: uma abordagem de trajetórias escolares de adolescentes ameaçados de morte em proteção no estado de Minas Gerais**. 2014. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direitos Humanos e Cidadania) – Instituto DH/Instituto Santo Tomás de Aquino, Belo Horizonte.
- SAYAD, Alexandre Le Voci. **Idade Mídia: a comunicação reinventada na escola**. São Paulo: Aleph. 2011.
- SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. **Proteção de Dados e Cooperação Transnacionais: Teoria e Prática na Alemanha, Espanha e Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.
- STAHLHÖFER, Iásin Schäffer; SOUZA; Liége Alendes. Pink e o Cérebro: a dominação de novas tecnologias na reflexão sobre cidadania. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de; SILVA, Rosane Leal da Silva (orgs.). **Direito e Novas Mídias**. Curitiba: Íthala, 2015.
- WAISELFISZ, Júlio J. **Mapa da Violência 2014: os jovens do Brasil**. Brasília: SGPR/SNJ/SEPPIR, 2014. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf>. Acesso em: 10 de jun.

PROMOÇÕES COMERCIAIS NAS REDES SOCIAIS E PRIVACIDADE DE DADOS: UMA ANÁLISE DO CASO FACEBOOK

Victor Varcelly Medeiros Farias¹

INTRODUÇÃO

O crescente uso das redes sociais pela população mundial criou uma demanda e uma oportunidade significativa para as empresas se aproximarem de seus clientes, captando a atenção do público de maneira mais interativa e diferenciada quando comparada aos meios tradicionais de comunicação. Essa nova forma de interação através das redes sociais permitiu ainda o conhecimento de diversos tipos de dados do público, os quais seriam dificilmente obtidos fora dessas plataformas, por exemplo, por meio de pesquisa por amostragem dos participantes ou da análise manual de todos os cupons de uma promoção comercial.

Nesse cenário, o *Facebook* anunciou em 2015 que atingiu a marca de 1,4 bilhões de usuários ativos em sua rede, tendo superado a população da China. Diante desse número, não é surpresa que ele também tenha se consolidado como uma grande plataforma para a realização de promoções comerciais autorizadas no Brasil.

O acesso ao *Facebook* é financeiramente gratuito, todavia, institui uma forma de pagamento implícita, através dos dados pessoais que o próprio usuário disponibiliza ao utilizar o serviço. Ou seja, o usuário tem acesso pleno aos serviços da plataforma onde, ao interagir, disponibiliza seus dados como moeda de troca. Esses dados são primordiais no gerenciamento de uma marca

¹ Advogado atuante com foco em direito digital, especialmente em marketing e promoções comerciais digitais. Graduado pela UFRN e Pós-graduado em Direito Digital Aplicado pela Fundação Getúlio Vargas. Brasil. Brasileiro. E-mail: victorvarcelly@gmail.com

e no melhor planejamento de ações destinadas ao seu público, por exemplo, através de promoções comerciais voltadas exclusivamente para jovens entre treze e dezoito anos.

As promoções comerciais são atividades que regulam a distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda realizada por pessoas jurídicas. A regulação dessas ações é feita por três órgãos fiscalizadores (CAIXA Econômica Federal, SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico e SUSEP – Superintendência de Seguros Privados) vinculados às leis e portarias específicas sobre o tema (Lei nº 5768/71, Decreto nº 70.951/72, Portaria MF nº 41/2008 e Portaria MF nº 422/2013).

Quando acontecem por meio do *Facebook*, as promoções comerciais utilizam aplicativos de gerenciamento associados à página institucional (*Fanpage*) da empresa realizadora (Promotora), ensejando uma onda de novos acessos e consequente obtenção de novos dados, que podem ser facilmente acessados e geridos pela ferramenta *Facebook Insights*.

Essa ferramenta permite ao administrador da página e, conseqüentemente, promotor comercial, acesso instantâneo a dados como faixa etária dos participantes da promoção, fonte através da qual o usuário chegou até a sua página, país de origem do participante, entre outros. Vale salientar que esses mesmos dados são obtidos também de usuários não participantes da promoção que visitam a *Fanpage* atraídos pela divulgação da ação. Dessa forma, até mesmo a não participação do consumidor nas promoções comerciais realizadas utilizando o *Facebook* podem ser interessantes para a Promotora quanto à prospecção de futuros clientes.

O *Facebook*, em sua Política de Dados, informa que realiza a captura e processamento dos dados apresentados pelos seus usuários e terceiros, bem como daqueles decorrentes do uso dos serviços da sua plataforma. Entre outras possibilidades, esses dados são utilizados para direcionar publicidades específicas ao usuário, conceito conhecido como marketing programático, que

trata a coletividade de maneira individual, buscando atender as peculiaridades de cada consumidor.

As diretrizes apresentadas na Política de Dados, todavia, são voltadas à obtenção e utilização de dados realizadas diretamente pelo *Facebook*. Quando os dados são autonomamente capturados por um *Fanpage* em especial, como por uma Promotora comercial autorizada, eles estão vinculados a uma política diferente, os Termos de Página do *Facebook*. Os Termos de Página determinam que o usuário deverá consentir expressamente no fornecimento dos dados pessoais, sendo informado ainda que estes não estão sendo obtidos pelo *Facebook*, mas sim pela Promotora, a qual será responsável pela devida segurança e administração desse conteúdo.

No tocante à captação de dados, em promoções comerciais, uma portaria em especial será analisada, a Portaria do MF nº41/2008 que, em seu artigo 11, autoriza as Promotoras a captarem e armazenarem dados dos participantes para criação de cadastro ou banco de dados, vedando, no entanto, sua comercialização e cessão. A indicação no art.11 da Portaria do MF nº41/2008, contudo, não faz menção a quais tipos de dados podem ser capturados, uma vez que anteriormente à utilização das redes sociais como plataforma de realização de promoções, essa questão não era necessariamente considerada ou possível a capturada instantânea pelas Promotoras.

Atualmente o conceito e as possibilidades de utilização dos dados pessoais dos internautas estão previstos no Marco Civil da Internet (MCI) e no Anteprojeto de Lei para Proteção dos Dados Pessoais (APL), que busca regular as disposições previstas nos art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal. A versão atual do anteprojeto apresenta uma diferenciação entre três tipos de dados (sensíveis, anônimos e pessoais), os quais podem ser obtidos, por exemplo, através da análise de comportamento dos usuários de uma rede social como o *Facebook* e serão objeto de análise desse estudo.

Este estudo, portanto, busca analisar o novo panorama resultado da convergência entre as mídias digitais e as promoções comerciais, analisando as suas possíveis consequências para a preparação e a realização de futuras promoções.

O FACEBOOK E A NOVA FORMA DE INTERAGIR COM O CLIENTE

O advento e a consolidação da Internet trouxeram novas possibilidades para a indústria do entretenimento, conferindo-lhe um papel de destaque junto a nossa sociedade, nomeada por Mario Vargas de “civilização do espetáculo”.

○ que quer dizer civilização do espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigentes é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal².

A posição de destaque do entretenimento na sociedade e nas mídias atuais possibilita a ampliação da atuação das marcas na Internet, bem como a criação de novos modelos de negócio, como o *Spotify*, *Kindle* e *Netflix*, e até novas formas de estreitar a relação com os clientes como no uso do SAC 2.0 ou a realização de promoções comerciais. Referidas ações já estão em prática há alguns anos no Brasil e tendem a se expandir com o avanço e fortalecimento da Internet no país.

O Brasil é um país em destaque no cenário internacional quando o assunto é Internet, seja em razão dos recentes escândalos envolvendo vazamento de informações de espionagem da NSA, que culminaram na elaboração do MIC, seja pela característica do povo brasileiro de ingressar rapidamente em novas plataformas e serviços³ online. Além disso, o TIC Domicílios de

2 LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Prisa Edições, 2013. p.29

3 O termo inglês “*early adopter*” é frequentemente utilizado na Internet para descrever o tipo de comportamento do usuário que está sempre aberto a novos programas e que rapidamente adere a novas plataformas.

2013⁴, pesquisa realizada pelas organizações NIC.BR e CETIC.BR, apresentou que, pela primeira vez, mais da metade da população brasileira têm acesso a computadores e Internet, e demonstrou um crescimento de mais de 15% em relação aos acessos à Internet por meio de dispositivos móveis. Atualmente, 31% da população brasileira tem acesso à Internet a partir de um dispositivo móvel, sendo que 30% desses usuários utilizam essa conexão para acessar plataformas de redes sociais. Ao total 77% dos brasileiros com acesso à Internet possuem conta em uma rede social. Dessa forma, para uma marca, ignorar o potencial apresentado pela Internet através das redes sociais seria no mínimo imprudente, além de uma perda de informações considerável quando verificada a possibilidade de captura e tratamento de dados dos clientes.

A captura desses dados só é possível pois a Internet, como uma ferramenta de comunicação em si, possui uma característica peculiar em sua estrutura, que não necessariamente está presente nos demais meios e formas de comunicação: a capacidade de armazenamento massivo de dados. Capacidade essa que permite o tratamento e a análise dos hábitos e opiniões dos consumidores, criando informações importantíssimas para o gerenciamento de uma marca em ambiente físico ou virtual.

Segundo Lindstrom o mercado de captação e tratamento de dados por meio da Internet valia, em 2012, mais de cem bilhões de dólares e estava em ampla expansão⁵. Dessa forma, não há surpresa no fato de que o *Facebook*, atualmente com 1,4 bilhões de usuários, seja uma plataforma riquíssima para esta atividade. Menos espanto ainda deve causar a constatação de que a maneira mais comumente escolhida para a captura dos dados pessoais dos clientes seja por meio do entretenimento, ou seja, das promoções comerciais interativas realizadas na plataforma.

4 BRASIL. CGI. **TIC Domicílio 2013**. 2013. Disponível em: <http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_DOM_EMP_2013_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

5 LINDSTROM, Martin. **Brandwashed: o lado oculto do marketing**. São Paulo: Hsm, 2012. p.239.

PROMOÇÕES COMERCIAIS NO FACEBOOK

As promoções comerciais invadiram as páginas e *Fanpages* do *Facebook*, permitindo uma maior interação do público com a marca. Porém, antes de adentrarmos na especificidade das promoções comerciais no *Facebook*, é necessário entender o que exatamente são consideradas promoções comerciais no ordenamento jurídico brasileiro.

A limitação ao território brasileiro não foi em vão, pois grande parte dos países da América Latina, como Uruguai, Chile e Argentina, possui regulação específica sobre promoções comerciais. Quando a regulação não é regida por legislação específica, geralmente a disposição encontra-se presente minimamente no código do consumidor. No entanto, voltemos a análise do ordenamento jurídico brasileiro foco deste capítulo.

As promoções comerciais no Brasil são regidas pelas seguintes normas: Lei nº 5.768/71, Decreto nº 70.951/72, Portaria MF nº 41/2008 e Portaria MF nº 422/2013. O art. 1º da Lei nº 5.768/71 apresenta de forma clara os quatro requisitos necessários a configuração de uma promoção comercial no Brasil.

ART 1º A distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, dependerá de prévia autorização do Ministério da Fazenda, nos termos desta lei e de seu regulamento.

§ 1º A autorização somente poderá ser concedida a pessoas jurídicas que exerçam atividade comercial, industrial ou de compra e venda de bens imóveis comprovadamente quites com os impostos

federais, estaduais e municipais, bem como com as contribuições da Previdência Social, a título precário e por prazo determinado, fixado em regulamento, renovável a critério da autoridade⁶.

De acordo com a inteligência do art.1º, resta claro o conceito de promoções comerciais: ações de distribuição gratuita de prêmios com o objetivo de propaganda da marca da promotora realizadas por pessoas jurídicas mediante uma das modalidades previstas em lei.

A configuração de uma ação da empresa como promoção comercial exige a realização do processo de autorização junto a um órgão fiscalizador (CAIXA, SEAE ou SUSEP). As promoções comerciais em regra são autorizadas junto à CAIXA. A SEAE atua junto às instituições financeiras ou de seguros, já a SUSEP está presente apenas quando a mecânica da promoção envolver títulos de capitalização.

Entre os motivos que levam uma empresa a realizar uma promoção comercial, tem-se, conforme anteriormente apresentado, a aproximação com o cliente e a captação dos seus dados, ou seja, a fidelização dos clientes já existentes e a prospecção de novos. A permissão da captação de dados dos participantes pela Promotora está expressamente prevista no art.11 da Portaria MF no 41/2008.

ART. 11 À empresa regularmente autorizada nos termos da Lei nº 5.768, de 1971, é deferida a formação de cadastro e/ou banco de dados com as informações coletadas em promoções comerciais, sendo expressamente vedada a comercialização ou a cessão, ainda que a título gratuito, desses dados⁷.

⁶ BRASIL. Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5768.htm>. Acesso em 07 Março 2016.

⁷ BRASIL. Portaria MF nº 41, de 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/2008/portaria41>>. Acesso em 07 Março 2016.

O artigo citado é claro ao permitir a formação de cadastro e/ou banco de dados em promoções comerciais. E é essa permissão que torna a execução de promoções comerciais em redes sociais e, em especial no *Facebook*, tão atraídas para as empresas.

A autorização das promoções realizadas nessa plataforma possui o mesmo procedimento das ações comumente realizadas, por exemplo, em supermercados nas diversas cidades do Brasil. A Promotora deve elaborar o Plano de Operação e o Regulamento⁸, documentos que apresentam as regras e mecânicas da promoção, e enviá-los ao órgão fiscalizador para autorização. Após a autorização do Plano de Operação, o Regulamento é disponibilizado ao público com a identificação do número do certificado de autorização emitido pelo órgão fiscalizador, o qual demonstra que a promoção está sendo legalmente realizada. O certificado de autorização deve estar presente em todas as comunicações da promoção, sendo, inclusive, vedada a divulgação sem sua apresentação.

Após a autorização e divulgação, a promoção está apta a começar e atrair interessados em sua plataforma de participação, o *Facebook*, iniciando a captação de dados dos participantes. As promoções no *Facebook* têm como público-alvo os usuários dessa plataforma e frequentemente são realizadas por meio das *Fanpages* das empresas promotoras, que fazem uso de um Aplicativo para gerenciar os posts e conteúdos relativos às promoções. Assim, ao inscrever-se em uma promoção no Facebook, o participante submete seus dados a estas três plataformas.

Segundo o Marco Civil da Internet (Lei nº 129.65/2014), *Facebook*, *Fanpages* e Aplicativos online são considerados provedores de aplicação, ou seja, um

8 A diferença básica entre o Plano de Operação e o Regulamento é que este é voltado ao público, portanto, não apresenta informações burocráticas da promoção como forma de prestação de contas, advogados responsáveis pelo gerenciamento da ação e por exemplo horários e respostas premiadas. Essa informações, no entanto, são indispensáveis ao processo de autorização da promoção e estão presente no Plano de Operação, documento voltado ao órgão fiscalizador.

conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal de conexão de Internet. Segundo o art.7º, incisos IX e X⁹, do MCI, em conformidade com as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor (art.6, inciso III¹⁰), provedores de aplicação devem apresentar informações claras sobre a coleta e tratamento de dados pessoais dos seus usuários. Estas especificações devem estar disponíveis nos Termos de Uso e Políticas de Privacidade de cada plataforma.

Esta é a grande diferença para o participante no tocante às promoções em plataformas virtuais, pois em ações offline é necessário ler e aceitar apenas o Regulamento promocional, já em ações virtuais o aceite envolve diversos termos e políticas além do próprio Regulamento. Ademais, o aceite a estes documentos ocorre, em regra, antes mesmo da própria participação na ação e permite, desde o primeiro acesso à respectiva plataforma, a captura e tratamento de dados dos usuários.

Esses documentos devem ainda estar em conformidade com outros termos específicos do *Facebook*, que por muitas vezes são desconhecidos do usuários, os Termos de Página¹¹ (destinado às *Fanpages*) e a API¹² (política de desenvolvedores de Aplicativos).

Os Termos de Página possuem determinações expressas quanto às promoções comerciais, indicando que a Promotora será responsável por todo o procedimento de autorização junto ao órgão fiscalizador e que deverá deixar

9 Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: IX - **consentimento expresso sobre coleta**, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; XI - **publicidade e clareza de eventuais políticas de uso** dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet (grifos nossos).

10 CDC, art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

11 FACEBOOK. **Termos de Página**. Disponível em: <https://www.facebook.com/page_guidelines.php>. Acesso em: 29 jun. 2015.

12 FACEBOOK. **API**. Disponível em: <<https://developers.facebook.com/policy>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

claro no Regulamento promocional que a coleta e o tratamento dos dados pessoais obtidos durante a ação estão sob seu gerenciamento e responsabilidade, não sendo captados e tratados diretamente pelo *Facebook*. Dessa forma, é equivocada a interpretação inicial de que o conhecimento dos Termos de Uso e Política de Dados do *Facebook* seria suficiente para entender quais dados serão capturados e tratados durante uma promoção comercial, pois estes documentos são voltados apenas ao gerenciamento da relação direta entre o usuário e *Facebook*, ou seja, sem a intervenção de terceiros (Promotora e desenvolvedores).

No entanto, existe um direcionamento mínimo do Facebook nos Termos de Página e na API quanto à obtenção e gerenciamento dos dados pessoais realizados por meio de sua plataforma. A Promotora é, contudo, autônoma para determinar indicações não prevista nestes documentos. Dessa forma, para haver um real controle de seus dados, seria necessário que o participante da promoção analise-se os documentos dos três provedores de aplicação, além do Regulamento da promoção.

Segundo a Política de Dados do *Facebook*, o usuário consente em ceder os seguintes dados ao ingressar na rede social: informações da interação com a plataforma (post, likes, compartilhamentos, imagens, *Fanpages*, etc.); informações fornecidas por terceiros; agenda de contatos; informações de pagamento e de dispositivo de acesso e informações de uso dos serviços de parceiros. Além disso, ao aceitar a Política de Dados, o usuário consente que algumas informações suas serão disponibilizadas publicamente em seu “Perfil Público”, inclusive a terceiros não participantes da rede social. Esse perfil possui os seguintes dados: nome de utilizador ou identificação de utilizador, faixa etária, país/idioma e lista de amigos.

Além dos dados pessoais citados, o *Facebook* disponibiliza aos gerenciadores de *Fanpages* e Aplicativos uma ferramenta nomeada *Facebook Insights* que permite a gestão de dados anônimos sobre os usuários que acessam e interagem com *Fanpages* e Aplicativos por meio da rede social. Essas diretrizes tornam

muito mais interessante à marca realizar uma promoção comercial através do *Facebook* quando comparado a uma mecânica offline tradicional que envolve urnas e cupons. Pois a análise dos dados e o gerenciamento da promoção ocorre em tempo real, permitindo, por exemplo, a verificação da eficiência de um banner de divulgação da promoção disponibilizado em um buscador, o acesso oriundo de um post específico em um site parceiro ou a adesão específica do público feminino à promoção em andamento.

Todavia, conforme apresentado anteriormente essas informações, fornecidas pelos participantes possuem caráter pessoal e, portanto, terão sua captura e tratamento claramente influenciados pela aprovação do Anteprojeto de Lei para Proteção de Dados Pessoais.

ANTEPROJETO PARA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O Anteprojeto para proteção de dados pessoais tem sua origem em um debate público ocorrido entre 2010 e 2011, e se encontra atualmente aberto a comentários e sugestões dos cidadãos na plataforma “Pensando o Direito”¹³.

A plataforma “Pensando o Direito” possui formato dialógico, permitindo que usuários comentem, respondam aos comentários de terceiros ou apresentem arquivos externos como estudos pessoais ou coletivos sobre os temas do anteprojeto.

○ anteprojeto apresenta a definição de três tipos de dados (pessoais, sensíveis e anônimos), conforme o art.5º:

ART. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

¹³ BRASIL, Ministério da Justiça. **Pensando o direito**. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

- I **dado pessoal:** dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive a partir de números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos;
- III **dados sensíveis:** dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou morais, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos;
- III **dados anônimos:** dados relativos a um titular que não possa ser identificado, nem pelo responsável pelo tratamento nem por qualquer outra pessoa, tendo em conta o conjunto de meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados para identificar o referido titular¹⁴;

A partir dos conceitos do art.5º da APL e dos esclarecimentos já apresentados sobre dados ofertados pelo usuário do *Facebook* ao ingressar na plataforma e ao participar de uma ação promocional, resta clara a existência desses três tipos de dados na participação de uma promoção. Apresentam-se como exemplos: nome do perfil (dados pessoais); interação com a rede (dados sensíveis) e dados ofertados pelo *Facebook Insight* (dados anônimos).

Dessa forma, as promoções comerciais realizadas por meio de redes sociais, em especial no *Facebook*, deverão submeter-se às futuras diretrizes da Lei de Proteção de Dados Pessoais, caso o anteprojeto seja aprovado. Portanto, faz-se necessário criar um paralelo entre o modelo atual de Regulamento previsto pelo Marco Civil da Internet e o possível novo panorama criado a partir do APL para proteção de dados pessoais.

14 BRASIL, Ministério da Justiça. **Pensando o direito.** Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

MODELO DE REGULAMENTO MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet antecipou, em seu texto, algumas normas que inicialmente estavam previstas no APL, estabelecendo algumas diretrizes mínimas, que configuram o padrão atual de atuação no mercado. Essas diretrizes são apresentadas, em resumo, no art. 7º do MCI, incisos VI, VII, VIII, IX e X:

- ART. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
- VI informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;
 - VII não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;
 - VIII informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:
 - A justifiquem sua coleta;
 - B não sejam vedadas pela legislação; e
 - C estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;
 - IX consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

- x exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei (grifos nossos)¹⁵;

Portanto, hodiernamente, o modelo do MCI exige da Promotora e dos provedores de aplicação a disponibilização de cláusulas em destaque e claras junto aos Termos de Uso, Políticas de Privacidade e Regulamento, justificando a razão da coleta dos dados, bem como permitindo a solicitação de exclusão definitiva após o encerramento da relação entre as partes. As diretrizes do MCI foram um indiscutível avanço para os procedimentos realizados na Internet e, conseqüentemente, para a mudanças dos Regulamentos de promoções comerciais, que passaram a apresentar cláusulas específicas sobre a captação de dados dos participantes, conforme exemplo a seguir:

O participante, ao aceitar os termos desse Regulamento, consente com a captação e tratamento de seus dados pessoais envolvidos na participação da promoção, possibilitando a criação de cadastro e banco de dados com fins comerciais e de reforço de mídia voltados para a divulgação dos serviços e produtos da Promotora. A comercialização ou cessão destes dados, no entanto, em conformidade com o art.11 da Portaria no 41/2013 é expressamente vedada.

A cláusula apresentada informa o participante quanto aos fins de utilização de seus dados, a previsão em contrato e a justificativa para sua captação e tratamento, bem como cumpre a exigência legal do destaque das demais cláusulas, que se encontram em negrito. Em regram esta cláusula é acompanhada por uma próxima que possibilita especificamente a solicitação de exclusão de dados.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm >. Acesso em 07 de Março de 2016.

A solicitação de exclusão dos dados é apresentada em cláusula separada, tendo em vista a sua maior complexidade. Isso porque envolve o art. 15 do MCI, que exige dos provedores de aplicação a guarda de logs por um período de mínimo de 6 (seis) meses; e a legislação de promoções comerciais, que solicita prazo de até 03 (três) anos de armazenamento dos dados para prestação de contas e o prazo de 03 (três) anos referente à prescrição das reparações cíveis prevista no Código Civil. Dessa forma, é preciso informar ao participante que a solicitação de exclusão dos dados pessoais abrange apenas os usos previstos na cláusula de consentimento para captação e tratamento de dados, uma vez que, por determinação legal, esses dados devem ficar armazenados para possibilitar, após o encerramento da promoção, a prestação de contas junto ao órgão fiscalizador, bem como, resguardar a Promotora contra quaisquer ações cíveis existentes nesse período relativas à promoção.

MODELO DE REGULAMENTO APÓS O APL PARA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O modelo de proteção e esclarecimento previsto atualmente pelo MCI é passível de evolução quando comparado ao novo modelo apresentado pelo APL para proteção de dados pessoais. Dessa forma, é necessário verificar quais são os princípios norteadores da proteção de dados no APL, bem como quais as consequências diretas para os futuros Regulamentos e suas respectivas promoções. Para tanto, serão analisados os artigos 7º e 10 do APL.

ART. 7º ○ tratamento de dados pessoais somente é permitido após o consentimento livre, expresso, específico e informado do titular, salvo o disposto no art. 11.

§1º ○ consentimento para o tratamento de dados pessoais não pode ser condição para o fornecimento de produto ou serviço ou para o exercício de direito, salvo em hipóteses em que os dados forem indispensáveis para a sua realização.

- §5º O consentimento deverá se referir a finalidades determinadas, sendo nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais.
- §6º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento, sem ônus para o titular.
- §8º Cabe ao responsável o ônus da prova de que o consentimento do titular foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei¹⁶.

O art.7º do APL reforça o instituto do consentimento, apresentado pelo MCI, exigindo, além da concordância expressa, sua revogação a qualquer momento sem ônus para o titular, e vetando o esclarecimento genérico ao usuário sobre o tratamento e captura de seus dados pessoais. Essa medida ainda é acompanhada pelo não condicionamento obrigatório do fornecimento de dados em troca de produtos ou serviço da Promotora, salvo quando indispensável, e do ônus da prova da Promotora quanto à comprovação da obtenção do consentimento expresso do titular dos dados.

O art. 10 APL é ainda mais específico e apresenta em seus incisos e parágrafos quais informações e condições são consideradas indispensáveis ao conhecimento do titular dos dados para que este possa consentir conscientemente sobre a sua oferta. As disposições do art.10 do APL que mais influenciam as promoções comerciais e sua mecânica de desenvolvimento são o esclarecimento sobre a forma e duração de captura e tratamento dos dados pessoais, as consequências e a mecânica de participação da ação em razão da não oferta dos dados pessoais pelo participante, a possibilidade de acesso e retificação

16 BRASIL, Ministério da Justiça. **Pensando o direito**. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protacao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

constante dos dados e a possibilidade de a Promotora ser denunciada caso não cumpra as determinações indicadas no Regulamento.

Dessa forma, observa-se que os novos Regulamentos promocionais, caso o APL para proteção de dados estivesse aprovado e válido, necessitariam ampliar as cláusulas sobre o tratamento de dados, apresentando os tipos de tratamento e captura realizados durante a promoção. Cumpre salientar que essa informação deve estar clara e acessível ao participante, portanto, o mero apanhado de termos técnicos sem a devida elucidação, não seria suficientes para cumprir essa função.

Além disso, seria necessário prover ambiente propício para acesso e retificação das informações do participante, mesmo após o encerramento da promoção, pelo tempo que os dados estiverem disponíveis à Promotora, conforme prazo estipulado no Regulamento. Essa medida demanda da Promotora uma continuidade da interação com o participante mesmo após o encerramento da promoção, exigindo um ambiente adequado e monitorado constantemente por funcionários especializados para garantir a devida segurança, clareza e acessibilidade dos dados. Os dados ainda devem estar disponíveis a seus titulares para download e impressão, sendo necessário, portanto, blindar legalmente esses documentos, apresentando informações sobre quem efetuou a solicitação, qual o horário de disponibilização, para qual promoção os dados foram ofertados e alertando o solicitante de que a disponibilização offline transfere para ele a responsabilidade sobre a utilização daqueles dados no suporte físico, entre outras questões.

Por fim, resta clara a relevância das questões legais envolvidas nas promoções comerciais, uma vez que o descumprimento do Regulamento e, em especial, das cláusulas relativas à proteção de dados, pode ensejar penalidades, não apenas perante o órgão fiscalizador de promoções comerciais, mas também a entidade a ser criada para proteção dos dados pessoais. Estas sanções podem envolver multas diárias, publicização da infração pela Promotora e até mesmo proibição da Promotora de criar e gerir bancos de dados pelo prazo de dez

anos, conforme o art. 50 do APL. Dessa forma, a análise e determinação claras e compreensíveis dessas informações e condições para o participante, tornam-se indispensáveis e fundamentais, condicionando, até mesmo, a viabilidade de execução da promoção.

CONCLUSÃO

A análise das promoções comerciais em redes sociais e em especial no *Facebook*, demonstra o elevado grau de complexidade jurídica envolvido na realização destas ações e como o modelo atual de consentimento previsto pelo MCI necessitará de maior detalhamento caso o APL seja aprovado.

O modelo apresentado pelo APL implica ainda em um maior custo às Promotoras, que terão que analisar as possibilidades de realizar ações com oferta não homogênea de dados, uma vez que o APL permite a oferta parcial e a revogação do consentimento da oferta dos dados a qualquer momento pelo titular. Além disso, será necessário manter uma plataforma para retificação dos dados pelo prazo que for determinado no Regulamento, mesmo após o final da promoção, prologando o período de contato entre a Promotora e os participantes.

Por fim, percebe-se que o novo modelo proposto pelo APL é muito mais esclarecedor ao participante, objetivando conferir maior transparência na relação entre provedor de aplicação e usuário, em especial entre Promotoras e participantes. Todavia, cumpre salientar que, mesmo sendo mais esclarecedor, referido modelo não é prático e enseja, juntamente com as diretrizes do MCI, a criação, aplicação e acúmulo de termos e políticas que sequer são lidos pela maioria dos usuários da Internet¹⁷.

¹⁷ O documentário “Terms and Conditions My Apply” demonstra claramente a cultura da abstenção da leitura dos Termos e Políticas dos portais, bem como a desinformação do usuário-médio quanto à captura e tratamento dos seus dados, mesmo quando as informações estão previstas nos documentos oficial da plataforma. Ver *TERMS and Conditions May Apply*. Direção de Cullen Hoback. Usa, 2013. Netflix (79 min.), son., color. Legendado.

Dessa forma, após a presente análise, resta o questionamento acerca do modo como a empresa deve atuar para proporcionar a melhor experiência de entretenimento para o cliente/participante das promoções comerciais, continuar realizando a captura e tratamento de dados tão importantes a seu gerenciamento no mercado e ofertar o esclarecimento necessário ao participante.

Por enquanto, na ausência de um novo modelo legal mais prático, o mais indicado é participar ativamente da elaboração e debate do APL, bem como incentivar a atuação autônoma das marcas, cumprindo as determinações legais do MCI e elaborando de maneira complementar formas resumidas e didáticas destes documentos para os seus participantes. Assim, além de possibilitar a captura legalmente protegida, a marca atuará de maneira positiva junto aos seus clientes, compartilhando valores de um mundo melhor, e causará impressões positivas no público. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. CGI. **TIC Domicílio 2013**. 2013. Disponível em: <http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_DOM_EMP_2013_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.
- _____. Decreto nº 70.951, de 9 de agosto de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D70951.htm>. Acesso em 07 Março 2016.
- _____. Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5768.htm>. Acesso em 07 Março 2016.
- _____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 07 Março 2016.
- _____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 07 de Março de 2016.
- _____. Ministério da Fazenda. Portaria nº 41, de 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/2008/portaria41>>. Acesso em 07 Março 2016.
- _____. Ministério da Fazenda. Portaria nº 422, de 18 de julho de 2013. <<http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/2013/portaria-no.-422-de-18-de-julho-de-2013>>. Acesso em 07 Março 2016.
- _____. Ministério da Justiça. **Pensando o direito**. Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 29 jun. 2015.
- CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**. Rio de Janeiro: Fgv, 2007.
- DENNY, Danielle Mendes Thame; GRAZIANO, Diólia de Carvalho. Marco civil da internet. **Revista de Mídia e Entretenimento**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.227-250, 10 maio 2015. Bimesttipral.
- FACEBOOK. **Termos de Página**. Disponível em: <https://www.facebook.com/page_guidelines.php>. Acesso em: 29 jun. 2015.
- FACEBOOK. **API**. Disponível em: <<https://developers.facebook.com/policy>>. Acesso em: 29 jun. 2015.
- JENKINS, Henry. **Cultura da convergência**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2008.
- LINDSTROM, Martin. **Brandwashed: o lado oculto do marketing**. São Paulo: Hsm, 2012.
- LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: Uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Prisa Edições, 2013.
- PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PINHEIRO, Patricia Peck (Org.). **Direito digital aplicado**. São Paulo: Intelligence, 2012.
- TERMS and Conditions May Apply. Direção de Cullen Hoback. Usa, 2013. Netflix (79 min.), son., color. Legendado.

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E O DESENVOLVIMENTO DA PESSOALIDADE NO DIREITO DIGITAL

*Juliana Evangelista de Almeida*¹

*Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida*²

INTRODUÇÃO

As relações interpessoais foram alcançadas pela Internet. Hoje, é possível se relacionar com qualquer pessoa do mundo através de um dispositivo informático ligado à rede. O surgimento e crescimento da Internet também desencadearam indagações acerca da tutela jurídica dos usuários.

Assim, ante ao fato de os indivíduos terem a possibilidade de manifestarem sua personalidade no âmbito digital, surge também a possibilidade de violação de direitos. Por isso, há uma preocupação em se tutelar os direitos dos usuários e os seus dados pessoais.

O problema da privacidade na Internet se torna ainda mais complexo, a medida que se apresenta sobre duas facetas, quais sejam, respeito à esfera privada alheia e privacidade de quem se movimenta naquele espaço e requer anonimato, conforme Rodotà³. Mesmo que a Internet não seja um lugar privado

1 Doutoranda em Direito Privado pela PUC Minas com bolsa FAPEMIG. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professora do curso de Direito da FACHI-FUNCESI. Membro do Colegiado do Curso de Direito da FACHI-FUNCESI. Membro do NDE da FACHI-FUNCESI. Coordenadora de TCC da FACHI-FUNCESI. Coordenadora do estágio de monitoria em Direito da FACHI-FUNCESI. Professora de Direito Civil na NOVA Faculdade. Brasil. Email: jualmeidaonline@gmail.com.

2 Graduando em Direito pela PUC-MG. Pesquisador FAPEMIG. Membro do Grupo de Estudos GEDE – Grupo de Estudos em Direito Empresarial, com ênfase em Propriedade Intelectual. Brasil. Email: danielevangelista@gmail.com.

3 RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli**. Roma: Laterza, 2014. p.29.

é preciso que mantenha a privacidade, pois um indivíduo qualquer, ao sair do âmbito privado, não deixa lá sua privacidade.

O que se quer dizer é que se um indivíduo quer compartilhar uma informação com outro certo indivíduo, o conteúdo deve ser restrito a esses usuários. Contudo, na Internet, é difícil determinar que um certo conteúdo seja restrito, pois, ao colocá-lo na nuvem de informações, pode-se perder o controle sobre.

Ainda sobre a privacidade da Internet, é preciso destacar que os navegadores de Internet armazenam os dados da navegação através dos *Cookies*. Tal ferramenta consiste em dados trocados entre o navegador de Internet e o servidor de Internet, inserindo uma espécie de rastro no computador do usuário. O objetivo dos *Cookies* é aperfeiçoar a navegação, sugerindo ao usuário certos conteúdos, em sua maioria publicitários, por meio da coleta de seus interesses. Assim, utilizando a programação dos *Cookies*, é possível ter acesso a inúmeras informações dos usuários. Entretanto, o usuário, muitas vezes, não tem consciência de que seus dados podem estar sendo coletados por terceiros, ainda que com fins meramente estatísticos para o oferecimento de produtos. Nesse ínterim, é necessária a discussão sobre a possibilidade ou não de utilizar *Cookies* nos navegadores de Internet, pois vislumbra-se uma violação à privacidade do usuário, que pode não querer que ninguém tenha acesso a certos conteúdos na Rede Mundial de Computadores. Conforme Rodotá⁴, na construção da personalidade do usuário de Internet, em razão da utilização de seus dados pessoais, deve ser conferida a esse usuário a possibilidade de controle e de impedimento do uso desses dados.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende abordar a necessidade de tutela dos dados pessoais, por meio de uma lei geral de base principiológica, tendo em vista que esses dados refletem a personalidade do humano. Desta feita, serão abordados os temas da personalidade e direitos da personalidade,

4 Ibidem. p. 33.

bem como da tutela geral dos dados pessoais sob perspectiva histórica e no âmbito nacional.

A CONSTRUÇÃO DA PESSOALIDADE E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A ideia de pessoalidade reflete a liberdade dos humanos de se autodeterminarem e construírem sua individualidade. Conforme Moureira,

[...] pessoalidade advém do latim *personalitas* e significa a qualidade de ser pessoal. Não se trata da assunção de uma qualidade imanente à espécie humana, mas pressupõe a ação do homem na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. Pessoalidade decorre, pois, da autodeterminação e auto-afirmação das configurações individuais dentro de um fluxo comunicativo⁵.

Dessa forma, a pessoalidade⁶ é um fluxo contínuo de construção de identidade, que é criada e recriada. Trata-se de um processo de escolhas de reconhecimento próprio e a partir daquilo que se reconhece através do outro. Trata-se da liberdade de se autodeterminar, de estabelecer escolhas e alterá-las ao longo do tempo, em busca da construção de sua identidade que distingui-lhe-á do outro. Resta claro que a possibilidade de construção da pessoalidade advém da própria ideia de dignidade humana, na medida em que possibilita a qualquer humano determinar a sua concepção de vida boa, aquilo que o define e que o autodetermina.

5 MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.p.1.

6 Salienta-se que há diferença conceitual entre pessoalidade (construção de identidade) e personalidade (ficção jurídica que é atribuída à qualidade de pessoa).

A partir dessas ideias, observa-se que a possibilidade de tutela dos direitos da personalidade integra a construção da personalidade. Nessa medida, há que se observar que a personalidade em um sentido objetivo – direitos subjetivos – possibilita ao humano salvaguardar atributos que lhe são inerentes, os quais, nesse sentido, conduzem à construção de uma identidade.

Na construção da personalidade, portanto, os direitos de personalidade requerem uma atenção especial, principalmente no que se refere aos direitos de identidade e de privacidade. A tutela desses direitos, a partir do seu reconhecimento, sempre foi relevante e ganha destaque no direito digital.

Schreiber⁷ reconhece que o direito à imagem não é um desdobramento de outros direitos da personalidade como honra ou privacidade. Para ele, trata-se de um direito autônomo que requer tutela independente de sua violação atingir a honra, boa fama ou respeitabilidade ou de sua divulgação para fins comerciais, como faz sugerir o artigo 20 do Código Civil. Assim é que, sendo a imagem parte da personalidade do humano e uma das formas que este se faz reconhecer, é possível cessar a sua divulgação ou replicação caso não autorizadas, ainda que elas não atinjam outro direito de personalidade ou que constituam algum elogio.

Isso porque, como sugere o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o direito à imagem é autônomo e reflete a individualidade de cada um que participa da construção da personalidade. Nesse sentido, dada a autonomia na construção da personalidade, o usuário deve ter o poder de decidir sobre os seus dados pessoais.

Na Internet, para que se utilize um serviço, como uma rede social, um aplicativo ou um email, é preciso aceitar os chamados “termos de uso”, que são um contrato de adesão, vinculando o usuário ao servidor. Assim, é necessária

7 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.101.

cautela na análise dos termos de uso, pois o indivíduo, ao deixar seu âmbito privado, não abre mão de sua privacidade ou intimidade.

O direito de privacidade remonta a ideia de ser deixado só (*right to be let alone*)⁸. Essa noção é, destarte, perdida com a Internet, visto que há sempre uma interação com um servidor ou com outro usuário. Assim, a privacidade não é apenas a exclusão do outro, mas trata-se de um direito mais amplo que, no direito digital, pode ser identificado como o direito de seguir a própria informação onde quer que ela esteja e de se opor a qualquer interferência nela⁹.

Na doutrina clássica, a intimidade é diferenciada da privacidade como se aquela fosse mais restritiva do que esta. Entretanto, é difícil afirmar o que é íntimo e o que é privado na rede, tratando-se de uma diferenciação teórica¹⁰. Observa-se que há dados de usuários que pela própria natureza refletem a sua intimidade, como os serviços de armazenamento em nuvem. Observa-se que, nesse caso, o usuário não quer compartilhar o conteúdo com ninguém, valendo-se do serviço apenas para o armazenamento de seus arquivos digitais, o que se insere em sua intimidade. Por sua vez, nos serviços de emails, há o compartilhamento de dados com usuários certos e determinados, o que igualmente se encontra na privacidade dos indivíduos.

Desse modo, não há que se falar em ausência de intimidade e privacidade na Internet. Há apenas uma relativização dos conceitos, pois a concepção de ser deixado só não mais funciona na Internet. Ora, o compartilhamento pelo usuário de fatos de sua vida em uma rede social não excluiu a tutela desses dados. Não é porque o usuário saiu de sua esfera privada que lá deixou sua privacidade. Assim, é preciso tutelar os dados dos usuários com a importância que lhe são inerentes.

8 LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva. 2011. p.45.

9 RODOTÁ, Stefano. Op.cit., p.33.

10 LEONARDI, Marcel. Op.cit., p.45.

O que se desprende das relações da Internet é que há uma representação pessoal do usuário em um perfil que pode refletir aquilo que ele é no mundo físico ou a forma como ele gostaria de ser reconhecido. Há uma identidade digital que nem sempre reflete a identidade real. Com isso não se quer afirmar a existência de uma personalidade digital autônoma, até porque a personalidade é única e é atributo inato do ser humano. Ou seja, o usuário tem a personalidade construída também por aspectos de sua identidade digital, e não o contrário.

É evidente a importância dos dados pessoais na era da informação, por serem, inclusive, fontes de renda dos sites de relacionamento gratuitos¹¹. Há dados voluntariamente cadastrados e compartilhados, como uma foto pessoal, e há dados capturados por observação, o que é evidenciado pelos *Cookies*, sem que exista um consentimento real para a captura dessas informações e seu uso por empresas de publicidade. Percebe-se, nesse contexto, a atual conversão do indivíduo, que é humano e por isso tem personalidade¹², em um algoritmo, com características e gostos traçados por uma série de dados, disponibilizados de forma voluntária ou coletados a partir de observações de comportamento na rede, como os *cookies*, entre outros.

Atualmente, o volume de dados pessoais disponibilizados na Internet é muito grande, sem limite temporal para sua existência. Nesse contexto, há que se ressaltar que os dados pessoais devem ser tutelados tanto na Internet quanto no meio físico. Tanto o são que, como se verá a seguir, na Europa, uma lei que sequer menciona os termos Internet, serve como base para a proteção de dados na Rede.

Isso reflete o fato de que sempre haverá mudanças na tecnologia, de modo que a criação de mecanismos de tutela específicos pode se demonstrar falha.

¹¹ Cf. **FACEBOOK, Google, and personal data: What's your worth?**. BBC. 12 Maio 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/future/story/20140509-how-much-is-your-facebook-worth>. Acesso em: 20 Abr. 2015; e **HOW MUCH IS YOUR PERSONAL DATA WORTH?**. The Guardian. 22 Abr. 2014. Disponível em: <http://www.theguardian.com/news/datablog/2014/apr/22/how-much-is-personal-data-worth>. Acesso em: 20 Abr. 2015.

¹² MOUREIRA, Diogo Luna. Op. Cit., p.1.

Há um atraso temporal entre a criação da norma e o suporte fático abstrato, porque o Direito reflete os anseios da sociedade, ou seja, os fatos e relações sociais ensejam criações de normas, que são criadas sempre posteriormente. Nesse sentido, um viés principiológico e uma tipologia aberta conduzem à proteção necessária e compreendem a possibilidade de inovação tecnológica.

ALGUMAS DIRETRIZES HISTÓRICAS DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS

A necessidade de se tutelar o uso dos dados pessoais ganha destaque a partir do Estado Social. Com ele, os Governos passaram a interferir de forma incisiva na liberdade individual dos cidadãos de modo a proporcionar-lhes um maior bem-estar. Nessa perspectiva, o Estado passou a interferir na autonomia privada das pessoas fazendo prevalecer o interesse social. Isso pode ser visto, no âmbito do Direito Privado, na interferência do Estado nas contratações, denominada dirigismo contratual, e na criação de microssistemas protetivos, tais como normas de proteção a consumidores, idosos, crianças, trabalhadores, entre outros. Dessa maneira, o Estado buscava garantir cada vez mais, através de políticas públicas e intervenção na autonomia privada, a prevalência do interesse coletivo, o que, segundo os dogmas da época, criaria um maior bem-estar social, diminuindo as desigualdades materiais existentes. Nesse contexto, era comum o Estado se apoderar, cada vez mais, de informações pessoais de seus cidadãos. Para cada benefício que fosse oferecido pelo Estado, necessário se fazia a disponibilização de dados pessoais, como número de seguro social, endereço, gênero, entre outros. Assim é que, a partir da década de 70, com o aumento da capacidade de processamento de dados por computadores, os cidadãos de um modo geral passaram a se preocupar com a possibilidade de a Administração Pública reunir em um único banco de dados nacional as informações pessoais de seus cidadãos. Isso porque, até em tão, dada a precariedade dos processadores das máquinas, os dados da Administração Pública eram fragmentados, nas esferas municipais, estaduais, nacionais e ainda em determinados órgãos. Contudo, o aumento da

capacidade de processamento possibilitou a reunião, em um único banco de dados, de caráter nacional, de todos os dados pessoais dos cidadãos.

A população reagiu a essa possibilidade e passou a exigir a criação de normas com o objetivo de impor limites técnicos a esses bancos. Conforme Mayer-Schoenberger¹³, a preocupação fundamental até então não dizia respeito ao direito individual de privacidade, mas à necessidade de uma tutela coletiva, no sentido de impor limites técnicos ao tratamento de dados pessoais.

Após essa fase, já na década de 80, a preocupação fundamental passou a ser com o direito de privacidade. Segundo Laura Mendes¹⁴, a preocupação fundamental não foi simplesmente com a criação de um banco de dados nacional, mas com a possibilidade de cruzamento de dados entre diversos bancos de dados. A partir de então, começa-se a questionar a possibilidade de aproveitamento dos dados pessoais disponibilizados para uma determinada finalidade, por meio da conexão em rede e do gerenciamento por outro banco de dados. Por isso é que se passa a reivindicar o direito das pessoas à autodeterminação informática, ou seja, pretende-se tutelar a possibilidade de o indivíduo controlar o processamento de seus dados, as ideias de coleta, armazenamento e transmissão. Isso pode ser percebido na decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1983 sobre a inconstitucionalidade da lei do censo. Naquela oportunidade, o governo alemão convocou a população a responder a um recenseamento, por meio de uma lei que permitia o aproveitamento dos dados obtidos para finalidades diversas do censo. O Tribunal, então, decidiu pela inconstitucionalidade do aproveitamento desses dados para finalidades diversas.

13 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Generational development of data protection in Europe**. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. *Technology and privacy: the new landscape*. Cambridge: Mit, 2001. p.228.

14 MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo Saraiva 2014. p.42.

Em 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD)¹⁵ criou o primeiro instrumento internacional contendo princípios acerca da tutela de dados pessoais. Por este instrumento, que serviu de diretriz para a criação de leis sobre proteção de dados pessoais em diversos países, foi estabelecido que, aos dados pessoais, devem ser garantidos segurança, gerenciamento aberto e responsável e acessibilidade.

Com a evolução da Internet e a maior interação das pessoas na Rede, não só como agentes passivos receptores de informações, mas também como agentes ativos na construção de informações, a preocupação sobre a proteção de dados pessoais ganha maior relevo. É notável que a inserção de dados pessoais, a partir do marco denominado Web 2.0¹⁶, passa a apresentar um volume considerável. Constantemente as pessoas são solicitadas a fornecerem uma série de dados pessoais para diversas finalidades. É o que se pode observar, por exemplo, na comunicação em redes sociais e aplicativos ou até mesmo no uso de *quizzes* ou jogos online, ou aplicativos em forma de *GPS*. Desse modo, dados pessoais são disponibilizados a todo tempo e, por meio de softwares, é possível mapear a própria personalidade e/ou interesses dos indivíduos, classificando-os de modo a oferecer-lhes a maior gama de serviços, publicidades ou monitoramento, entre outras possibilidades. Portanto, a proteção de dados pessoais, na atualidade, não envolve apenas a perspectiva de controle e acesso, tal qual experimentado na década de 80, mas também um controle efetivo. Em determinados casos, considerada a sensibilidade de alguns dados, cogita-se a possibilidade de tal controle ser exercido pelo próprio Estado. É o caso de dados relativos à etnia, opção sexual, entre outros. Ainda, em algumas circunstâncias, a gama de interações entre os diversos provedores de aplicação na Internet e a complexidade dos termos de privacidade facilitam o uso abusivo de dados pessoais livremente disponibilizados pelos usuários.

15 A sigla se refere ao nome em inglês - Organization for Economic Co-operation and Development.
16 Nomenclatura utilizada para designar uma segunda geração de serviços prestados na Internet. Ganhou popularidade após uma conferência entre a empresa americana O'Reilly e a Media Live International. C.f. O'REILLY, Tim. **What Is Web 2.0**. 2005. Disponível em <<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-2.0.html>> Acesso em: 2 jun. 2014.

Necessária, desta feita, se faz a releitura dos paradigmas de proteção de dados pessoais até então esboçados. É o que propõe, por exemplo, Cate, Cullen e Mayer-Schoenberger¹⁷. São os paradigmas:

Em relação a coleta de dados Cate, Cullen e Mayer-Schoenberger¹⁸ destacam que ela não poderá ser realizada em desacordo com restrições impostas em lei, por meio de engano, de maneira não perceptível ou explícita ao indivíduo. Ao Estado também não é dado coletar dados pessoais sem propósito legítimo e fora do âmbito de sua autoridade legal.

No que concerne ao uso de dados pessoais, os autores esboçam que a permissão para o uso de dados pessoais deve sobrepesar os riscos de danos ao indivíduo, a possibilidade de proteção contra esses danos e os benefícios correspondentes a seu uso. Assim é que, se o risco de dano ao indivíduo for mínimo ou inexistente, deve ser permitido o uso dos dados, mas proibido se o risco de dano for grave, tais como danos físicos ou de morte. Nos demais casos, é permitido o uso dos dados desde que haja um equilíbrio entre a efetiva possibilidade de proteção contra danos e sua periculosidade. Em todo caso, asseveram os autores que pode ser dada escolha ao indivíduo sobre o uso de seus dados pessoais, mesmo que isso importe em risco. Todavia, exige-se que seu consentimento seja efetivo e que o usuário seja informado e alertado de forma clara sobre os riscos que envolvem o uso desses dados pessoais. Importa ainda esclarecer que o indivíduo deve ter a possibilidade de controlar seus dados pessoais, devendo ser informado quando o seu uso possa afetar quaisquer de seus direitos, como educação, trabalho, saúde mental e física, entre outros. Além da informação, dentro dos limites legais, deve haver a possibilidade de alterá-los, completá-los ou apagá-los e ainda de ter acesso, de forma simples e clara, aos termos de uso desses dados.

17 CATE, Fred H. CULLEN, Peter. MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Data Protection Principles for the 21st Century: Revising the 1980 OECD Guidelines**. Microsoft Corporation, 2013. p.5.

18 Ibidem. p.13.

Ainda sobre essa perspectiva, em Madri, no ano de 2009, uma comissão se reuniu para discutir a efetividade da Diretiva Europeia 95/46/CE de 1995, entre outros temas. Nesse encontro foram formuladas algumas alterações de tal diretiva por meio de Standards Internacionais sobre proteção de dados pessoais. Cabe ressaltar que a Diretiva 95/46/CE é uma norma que confere proteção geral aos dados pessoais. Em Madri, observou-se a necessidade de que essa tutela fosse setorizada, em relações de consumo, por exemplo.

A Diretiva 95/46/CE apresenta princípios básicos de proteção a dados pessoais e define que: os dados pessoais sejam processados imparcial e legalmente; as coletas tenham fins específicos, explícitos e legítimos; não haja processamento para fins diversos de seus propósitos; os dados pessoais coletados sejam realmente relevantes para o propósito para o qual está sendo disponibilizado ou processado; os dados sejam exatos e completos, garantido o direito de retificar ou apagá-los, sempre tendo em vista a finalidade para qual foi disponibilizado ou processado; o armazenamento permita identificação por tempo compatível com a finalidade de sua coleta e, nesse sentido, é necessário que os Estados estabeleçam regras para o armazenamento de dados para fins históricos, científicos ou estatísticos¹⁹.

ASPECTOS GERAIS DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL

No Brasil, os dados pessoais são atualmente tutelados por leis esparsas, como o Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 43, disciplina o direito de o consumidor acessar os cadastros positivos sobre ele. Trata-se, no entanto, de uma lei específica, sem um caráter geral. Assim também são as demais leis brasileiras existentes sobre a matéria. Ainda, o Código Civil de 2002, em seu artigo 21, apresenta uma proteção genérica à privacidade, a qual,

¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Directive 95/46/EC** of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/en/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

como anteriormente afirmado, se estende aos dados pessoais. Destacam-se, ainda, a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/11), Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.532/11), SAC (dec. nº 5.623/08), Decreto do Cadastro Único de Programas Sociais do Governo Federal (dec. nº 6.135/07) e o Decreto do Censo Anual da Educação (dec. nº 6.425/08), todas normas sem um caráter amplo e genérico sobre o assunto.

Mesmo sem a existência de uma lei geral sobre a proteção dos dados pessoais, a Internet não é um local em que abusos sejam permitidos, até porque o ato ilícito e o abuso de direito são ilícitos civis (artigos 186, 187 e 927 do CC/2002). Por derradeiro, ante ao fato de, nas relações digitais, tudo se alterar com muita velocidade, não consegue a atividade legislativa refletir a ordem social vigente, o que acarreta normas sem efetividade. Por isso, afirma-se que prevalecem os princípios em relação às regras:

No Direito Digital prevalecem os princípios em relação às regras, pois o ritmo de evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa. Por isso, a disciplina jurídica tende à autorregulamentação, pela qual o conjunto de regras é criado pelos próprios participantes diretos do assunto em questão com soluções práticas que atendem ao dinamismo que as relações de Direito Digital exigem²⁰.

Neste diapasão, a ONU (Organização das Nações Unidas), em 30 de Março de 2011, lançou uma instrução que define os princípios e direitos que formam o alicerce da governança da Internet. Há que se ressaltar a legitimidade que a ONU possui para definir regras de conduta. Sabe-se que a ONU é uma governança, pois tem o poder de influência em todos os países que ratificaram seu tratado, a ela se submetendo. Conforme Rosenau,

20 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.72

Governança é um fenômeno mais amplo que governo; abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas²¹.

Em verdade, a ONU definiu dez princípios para a Governança da Internet, quais sejam, 1 – Universalidade e Igualdade, 2 – Direitos e Justiça Social, 3 – Acessibilidade, 4 – Expressão e Associação, 5 – Privacidade e Proteção de Dados, 6 – Vida, Liberdade e Segurança, 7 – Diversidade, 8 – Rede de Igualdades, 9 – Normas e Regulamentos, 10 – Governança.

Assim, é de se ver que a proteção de dados é um princípio fundamental da Internet, sendo, inclusive, definido como tal pela ONU. Portanto, outro não poderia ser o tratamento dado pelo Brasil.

No Marco Civil a matéria é tratada como um princípio, no artigo 3º, inciso III, que normatiza que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) III — proteção dos dados pessoais, na forma da lei”²². Percebe-se que o próprio Marco Civil prevê a criação de uma lei específica para a proteção dos dados pessoais, dada a sua relevância jurídica. A lei dispõe ainda, em seu artigo 7º, que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados”²³, dentre outros, o direito ao:

- VII não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

21 ROSENAU *apud* GONÇALVES Alcindo. **A Legitimidade na Governança Global**. CONPEDI. v. 20. 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_alcindo_goncalves.pdf. Acesso em: 12/08/2013. pg. 4.

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. Diário Oficial da União. Brasília, 24 de Abr. de 2015.

23 Idem.

- VIII informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:
 - A justifiquem sua coleta;
 - B não sejam vedadas pela legislação; e
 - C estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;
- IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais²⁴;

Veja que o legislador está protegendo os dados do usuário, vedando o fornecimento de dados, valendo aqui a aplicação da finalidade dos propósitos proposta por Schreiber²⁵.

Por fim, o Marco Civil dispõe que é garantido ao usuário a “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”²⁶. Novamente, o usuário aparece como titular de suas informações da Internet, razão pela qual tem o direito de retirá-las quando quiser, desde que ele seja o autor. Lado outro, caso esteja diante de um conteúdo alheio, mas que lhe ofende, o usuário deverá acionar judicialmente o provedor para sua retirada. Apenas em casos de materiais contendo cenas de nudez ou sexo o conteúdo será retirado mediante notificação extrajudicial, conforme artigo 21 do Marco Civil²⁷.

²⁴ BRASIL. LEI nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 24 de Abr. de 2015.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. Op. Cit., p.151.

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. Diário Oficial da União. Brasília, 24 de Abr. de 2015.

²⁷ Idem.

Os dados pessoais são de alta complexidade, razão pela qual optou-se pela criação de uma lei própria, na qual serão melhor definidos os conceitos referentes a dados pessoais. Neste sentido, tramita o Projeto de Lei nº 4.060/2012. Esse Projeto, assim como o Marco Civil, passou por um processo dialético de votação, sendo oportunizado a todos o direito de opinar sobre sua criação. Também foi oportunizado o diálogo entre os usuários, razão pela qual havia a possibilidade de se opinar até mesmo sobre um comentário.

O grande problema da proteção dos dados pessoais é o limite tênue entre a privacidade e o direito à informação. Assim, o Projeto de Lei para a proteção de dados pessoais, em seu artigo 2º, §2º, exclui a proteção aos dados realizados para fins jornalísticos. Esse foi um ponto de grande discussão. O projeto não delimitou bem o que se entende por fins jornalísticos. Por isso, alguns questionamentos podem e devem ser feitos. Seria um blog um veículo jornalístico? E uma postagem em rede social? E um site de fofocas? Realmente a matéria é séria e merece especial atenção. Talvez a solução seja uma delimitação como a do artigo 46, inciso III da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), que não considera ofensa aos direitos autorais, “a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;”²⁸. Percebe-se, nesse caso, uma delimitação clara do que é uma exceção à contrafação, impossibilitando interpretações *a posteriori*.

O projeto, em seu artigo 6º, delimita os princípios inerentes aos dados pessoais. São eles os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção

²⁸ BRASIL. LEI Nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 19 fev. 1998.

e da não discriminação²⁹. Além destes expressos no artigo 6º, há ainda os princípios de retificação e cancelamento, do esquecimento e do consentimento.

O princípio da finalidade ou princípio da especificação dos propósitos, conforme Scheriber³⁰, refere-se à obrigação de que a coleta de informações pessoais de um indivíduo especifique o fim pleiteado, não devendo as informações serem utilizadas com ânimo distinto. Este princípio protege o usuário, posto que haverá respeito ao tratamento de seus dados, que serão utilizados apenas para aquilo que ele consentiu. Assim, o princípio da finalidade se correlaciona com o princípio do consentimento.

O princípio do consentimento encontra-se previsto no artigo 7º do Projeto de Lei nº 4.060/2012. Segundo ele, o consentimento deverá ser livre, expresso, específico e informado. Assim, o usuário deverá ter ciência inequívoca da finalidade do uso de seus dados. Assim, não basta que se disponibilize a informação, é preciso que o usuário tenha tal conhecimento. Ademais, o próprio projeto normatiza que não há a necessidade do consentimento para fornecimento de serviço em Internet, salvo quando o dado pessoal for requisito indispensável para tal. Por fim, há exceções ao princípio do consentimento para o tratamento de dados, as quais estão previstas no artigo 11 do referido projeto. Em suma, cumprimento de ordens legais, processos administrativos e judiciais, entre outros, não necessitam de consentimento prévio.

Quanto à retirada de dados, o usuário pode fazê-la caso tenha sua titularidade, o que se denomina princípio do cancelamento. O mesmo se diz quanto ao direito de retificação, ou seja, o usuário tem o direito de retificar seus dados pessoais a qualquer tempo. Sobre isso, Danilo Doneda leciona que é direito do usuário excluir da Internet qualquer dado que seja de sua titularidade:

29 BRASIL. Assembléia Legislativa. **Projeto de Lei PL 4060/2012**. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em 20 de Abr. de 2015.

30 SCHREIBER, Anderson. Op.cit., p.151.

À intensa exposição a que se submetem vários usuários de redes sociais, correspondem, por sua vez, mecanismos que permitam o controle efetivo das informações a seu respeito, garantidos ainda seus direitos de cancelar sua participação na rede, levando consigo os vestígios desta participação. Este efetivo controle do usuário sobre as próprias informações deve se verificar em todos os momentos de sua interação com a rede social³¹.

A questão é que há a possibilidade de existirem dados sobre um usuário que não sejam de sua titularidade. A estes se aplica o princípio do esquecimento, ou o que a doutrina nomeia de direito ao esquecimento³².

Na Internet tudo é eterno, ou seja, qualquer dado disponibilizado existirá até que alguém o exclua. No entanto, existem dados sobre um usuário cuja titularidade é de outro e em há casos de violações aos direitos daquele. Assim, o usuário pode requerer que este conteúdo seja retirado do ar, ou, como decidiu a Corte da União Européia, requerer que os sites buscadores não mais associem o nome do usuário ao conteúdo³³. No referido caso, a Corte Européia proferiu “sentença favorável a Mario González, advogado espanhol que exigia que o site de buscas Google apagasse o registro de seus dados pessoais, bem como os links para notícias do jornal La Vanguardia que continham aviso do Ministério do Trabalho daquele país sobre um leilão de imóveis realizada em 1998, para sanar dívidas de González.”³⁴

31 DONEDA, Danilo. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. **Revista Internacional de Protección de Datos Personales**. No. 1. Dezembro 2012. Disponível em <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Danilo-Doneda_FINAL.pdf.pdf>. Acesso em 20 de Abr. de 2015. p.9.

32 Sabe-se que em sua origem, o direito ao esquecimento, buscava impedir a republicação de alguma informação. Hoje no direito digital, o que se vem denominando direito ao esquecimento não verdade é o direito de apagamento de dados que violem direitos da personalidade.

33 **O TRIBUNAL da UE endossa o ‘direito ao esquecimento’ na Internet**. El País. Madri, 13. Maio 2014. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/12/sociedad/1399921965_465484.html acesso em: 20 Abr. 2015.

34 Idem.

Quando o dado é de titularidade do próprio usuário, a este deve ser garantido o direito de retirada do conteúdo. Conquanto as redes sociais sobrevivam de dados particulares nela postados, deve ser assegurado o direito ao usuário de controlá-los. Destarte, o usuário pode ter sua privacidade violada por um conteúdo alheio, o qual não é de sua titularidade. O que se quer dizer é que, se um usuário compartilha algum conteúdo na rede, pode também retirá-lo quando quiser, embora não possa controlar o conteúdo alheio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados pessoais são de suma importância para os indivíduos, pois refletem sua personalidade e constroem a personalidade do sujeito. Nesse sentido, é preciso tutelá-los com a atenção e cautela que lhes são inerentes. Com a Internet, ou mais especificamente a Web 2.0, há a inserção de um volume inimaginável de dados na Rede Mundial de computadores, o que desencadeia muitos questionamentos.

Em razão da exposição inerente à Internet, os institutos da privacidade e da intimidade devem ser revisitados e não mais compreendidos como o direito de ser deixado só. Assim, afirma-se que a privacidade se trata do direito de o usuário perseguir a sua informação onde quer que ela esteja.

Como identificado, há algumas diretivas internacionais para o tratamento de dados pessoais. Percebe-se que na União Européia a questão é trabalhada de maneira ampla há tempos, enquanto no Brasil há apenas um projeto de Lei sobre dados pessoais. Evidente que há leis esparsas e setoriais vigentes no país, mas que não conseguem tutelar a privacidade na Rede devidamente.

Assim sendo, é importante que se analise com cautela o Projeto de Lei, razão pela qual, inclusive, ele passou por um processo dialético de votação, no qual qualquer cidadão pode opinar sobre os dispositivos normativos.

Muitos são os princípios inerentes aos dados pessoais e muitas são as possibilidades de interpretá-los. Entretanto, é necessário um viés principiológico, pois a tecnologia muda em velocidade acelerada, o que torna difícil para a legislação refletir os anseios da sociedade, se feita com tipologia fechada.

É de se ver que na União Européia, algumas diretivas sobre dados pessoais sequer mencionam o termo Internet, mas são utilizadas para sua tutela na rede mundial de computadores. Assim deve ser o projeto de Lei brasileiro, tendo em vista que com princípios pode-se tutelar o atual contexto e eventuais evoluções, sempre se preocupando com o fato de que os dados pessoais impactam na personalidade dos usuários. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet**. 1ª Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRASIL. Assembléia Legislativa. **Projeto de Lei PL 4060/2012**. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>. Acesso em 20 de Abr. de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril 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>. Acesso em 16/07/2016.

_____. **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>. Acesso em 16/07/2016.

CATE, Fred H. CULLEN, Peter. MAYER-SCHÖNBERGER,Viktor. **Data Protection Principles for the 21st Century: Revising the 1980 OECD Guidelines**. Microsoft Corporation, 2013.

DONEDA, Danilo. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. **Revista Internacional de Protección de Datos Personales**. No. 1. Dezembro 2012. Disponível em <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Danilo-Doneda_FINAL.pdf.pdf>. Acesso em 20 de Abr. de 2015.

FACEBOOK, Google, and personal data: What's your worth?. **BBC**. 12 Maio 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/future/story/20140509-how-much-is-your-facebook-worth>>. Acesso em: 20 Abr. 2015.

FERRAZ JR., **A ciência do direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GONÇALVES, Alcindo . **A Legitimidade na Governança Global**. CONPEDI. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_alcindo_goncalves.pdf>. Acesso em: 12/08/2013.

HOW MUCH is your personal data worth?. **The Guardian**. 22 Abr. 2014. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/news/datablog/2014/apr/22/how-much-is-personal-data-worth>>. Acesso em: 20 Abr. 2015.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva. 2011.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc. **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: Mit, 2001.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo Saraiva 2014

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

O TRIBUNAL da UE endossa o ‘direito ao esquecimento’ na Internet. El País. Madri, 13. Maio 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/05/12/sociedad/1399921965_465484.html> acesso em: 20 Abr. 2015.

O’REILLY, Tim. **What Is Web 2.0**. 2005. Disponível em <<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>> Acesso em: 2 jun. 2014.

PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODOTÁ, Stefano. **Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli**. Roma: Laterza, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. **Directive 95/46/EC** of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/en/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

OS CONTORNOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE NO MARCO CIVIL DA INTERNET

*Rafael da Silva Menezes*³⁵

*Linara Oeiras Assunção*³⁶

INTRODUÇÃO

O advento das tecnologias digitais foi acompanhado por uma gradual restrição ao direito à privacidade. Assim, a proteção a este direito no mundo virtual tornou-se um problema jurídico específico.

O fluxo e o armazenamento de comunicações e informações pessoais na Internet abriram e abrem, diariamente, brechas à vários tipos de violações, como vigilância estatal indevida, uso impróprio de dados de clientes por empresas, ataque de hackers a data centers e a dispositivos pessoais, vazamento de informações sigilosas por pessoas mal-intencionadas a fim de denegrir a imagem de terceiros, entre outros³⁷.

As consequências dessa quebra de privacidade também são diversas, pois podem gerar constrangimentos políticos e pessoais, discriminação social, econômica, étnica, religiosa, etc. Tudo isso evidenciou a necessidade de uma legislação específica para a garantia desse direito fundamental que é a privacidade.

35 Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDFMG). Especialista em Direito Processual Civil (UFAM). E-mail: rafaelmenezes@gmail.com.

36 Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Assistente de Pesquisa (IV) do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDFMG). Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas (UNIFAP). E-mail: lioeiras@hotmail.com.

37 BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, Neutralidade e Inimputabilidade da Internet no Brasil: Avanços e Deficiências no Projeto do Marco Civil. **Revista Eptic Online**. Vol.16. n. 2. p.161-175. Mai-Ago/2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufs.br/index.php/eptic/article/view/2276/1954>>. Acesso em: 01 mar. 2015.p.162.

No contexto europeu, por exemplo, a Diretiva Europeia 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu para a proteção de dados é um documento de referência no tratamento dado à privacidade no âmbito internacional, já que estabelece o quadro regulamentar que determina um equilíbrio entre o nível elevado de proteção da privacidade dos cidadãos e a livre circulação de dados pessoais no interior da União Europeia¹.

No Brasil, até a publicação da Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, o Direito Brasileiro preenchia, com seus próprios mecanismos, eventuais lacunas e procedia à adaptação das normas existentes à nova realidade tecnológica. Para tanto, pautava-se em regramentos dispostos na Constituição Federal de 1988 (CF/88), no Código Civil (CC), no Código de Defesa do Consumidor (CDC), na Lei do habeas data e, mais recentemente, na Lei de Acesso à Informação. Com a aprovação do Marco Civil da Internet a proteção à privacidade foi alçada a princípio, de forma a orientar e disciplinar o uso da Internet no país.

É nesse contexto que o presente estudo busca debater acerca da proteção do direito à privacidade no Marco Civil da Internet. Para tanto, adota uma abordagem qualitativa pautada em pesquisa bibliográfica, notadamente, buscando um enfoque crítico para subsidiar a discussão do que mudou ou não com a edição da Lei nº 12.965/2014.

Para a compreensão dos contornos jurídicos da proteção à privacidade no novo marco legal, o estudo apresenta, a seguir, os argumentos em cinco etapas: a) a privacidade como direito fundamental; b) o tratamento internacional para a proteção à privacidade: o exemplo da União Europeia; c) a privacidade no ordenamento jurídico brasileiro; d) o Marco Civil da Internet e a proteção

¹ MARQUES, Camila; TRESKA, Laura; PERIN FILHO, Luiz Alberto; RIELLI, Mariana; LORIO, Pedro. **Marco Civil da Internet: seis meses depois, em que pé que estamos? Article 19.** Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/01/an%C3%A1lise-marco-civil-final.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

à privacidade; e e) questões a serem enfrentadas por ocasião da regulamentação do Marco Civil da Internet.

A PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A privacidade é um direito fundamental do homem presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948:

ART. 12 Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei².

É protegida em nível internacional também pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

ART. 17

1. Ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.
2. Toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou tais atentados³.

O Comitê dos Direitos Humanos tem a tarefa de monitorizar a implementação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e apresentou Comentários Gerais sobre os assuntos específicos referentes ao Pacto.

2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

3 PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

O Comentário Geral nº 16, de 1988, tratou do direito ao respeito da privacidade, família, domicílio e correspondência e proteção da honra e reputação (art. 17). O Comentário Geral nº 19, de 1990, tratou da proteção da família, do direito ao casamento e da igualdade dos cônjuges (art. 23), que são especialmente relevantes para a área da proteção da privacidade.

Nos termos do art. 17 do Pacto, o direito à privacidade pode dividir-se em vários subgrupos:

QUADRO 1: SUBGRUPOS DO DIREITO À PRIVACIDADE

PRIVACIDADE	O direito à privacidade, em sentido estrito, tal como adotado no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, protege o campo específico da existência individual que não toca a esfera de privacidade dos outros. Pode ser compreendido como o elemento que não cai em nenhuma das categorias que a seguir se mencionam.
IDENTIDADE	A identidade inclui características pessoais, tais como o nome, aparência, indumentária, cabelo, gênero, código genético, assim como a confissão religiosa ou crença de cada um.
INTEGRIDADE	A integridade pessoal também se encontra protegida pelo art. 17 do Pacto. Tal significa que, por exemplo, um tratamento médico sem o consentimento ou mesmo contra a vontade do paciente deve considerar-se como uma afronta ao direito à privacidade.

INTIMIDADE	A intimidade encontra-se, em primeiro lugar, assegurada pela proteção ao domicílio e à correspondência, assim como a de dados. Uma pessoa encontra-se protegida contra a publicação, sem consentimento prévio, das suas especificidades pessoais.
AUTONOMIA	Esta abrange a área de realização pessoal dos seres humanos. É o direito ao seu próprio corpo, que também confere o direito a agir contra o próprio corpo, incluindo o direito a cometer suicídio.
COMUNICAÇÃO	Esta área abrange a interação com as outras pessoas e confere, além da proteção especial da família, um direito a desenvolver relações com outras pessoas.
SEXUALIDADE	A autonomia sexual é uma parte especial e particularmente importante do direito à privacidade. Qualquer regulação dos comportamentos sexuais constitui uma interferência no direito à privacidade. Apenas é permitida a interferência se for absolutamente necessária à proteção das pessoas afetadas (por exemplo, das crianças).

Fonte: Manfred Nowak. 2005. CCPR Commentary, art. 17 CCPR apud FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (2015)

Pois bem, a preservação da privacidade diz respeito à manutenção do controle do próprio indivíduo sobre as informações que lhe dizem respeito, seja para manter o “direito de estar só”, protegendo seu espaço privado e a vida íntima, para evitar a utilização não consentida de dados por terceiros, seja para protegê-lo de vigilância indevida por instituições ou pelo próprio Estado.

O exercício das individualidades pessoais representa um aspecto do desenvolvimento humano, possibilitando ao indivíduo colocar-se na comunidade e para a comunidade, insere-o num contexto de identidade pessoal e comunitária, que se intercalam, mas que não são necessariamente coincidentes nem excludentes. Em outras palavras, a preservação de individualidades pessoais não compromete, per se, a construção de uma identidade comunitária. Não se exige, para ser integrante de uma coletividade, a abstenção de práticas individuais. Tampouco é exigível que todas as características e atitudes individuais sejam expostas para que o indivíduo seja integrado. Há um núcleo na individualidade que a pessoa tem o direito de não ver exposto, de forma generalizada, ao conhecimento de todos.

A privacidade, atualmente, está fortemente ligada à proteção de dados pessoais. Para Doneda⁴ ao invés de um direito puramente individual, a privacidade assumiu também um caráter coletivo, pois o uso abusivo de dados pessoais pode se referir a grandes grupos de pessoas e não somente a indivíduos determinados. Ainda assumiu um forte caráter internacional dada a facilidade dos dados pessoais superarem limites espaciais, incentivando a harmonização legislativa entre diversos países. Em suma, a privacidade tornou-se um componente ainda mais importante para a composição dos valores da liberdade e igualdade que o cidadão de um determinado país pode usufruir.

Mendes e Pinheiro ponderam que não são recentes os esforços do legislador brasileiro na adaptação do texto constitucional e das leis infraconstitucionais

4 DONEDA, Danilo. **Privacidade e Transparência no Acesso à Informação Pública**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis11-09.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

às inovações tecnológicas no que diz respeito à privacidade⁵. Mas foi a CF/88 que firmou a privacidade como direito fundamental no Brasil, ao prevê-la no art. 5º, incisos X, XI e XII.

ART. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

- X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XI a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
- XII é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]⁶

5 Citam que desde as Ordenações Filipinas (1603) o sigilo da correspondência, por exemplo, já contava com proteção jurídica, proteção essa que se repetiu na Constituição Imperial de 1824 e assim se sucedeu, sem alterações significativas, nas Constituições Republicanas de 1891 (art. 72), 1934 (art. 113), 1937 (art. 122) e 1946 (art. 141, § 6º). Mencionam ainda o art. 150, § 9º da Constituição de 1967 e a Lei nº 4.117/62, Código Brasileiro de Telecomunicações, sem prejuízo de outras. Ver MENDES, Gilmar Ferreira; PINHEIRO, Jurandi Borges. Interceptações e privacidade: novas tecnologias e a Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. [Coord.]. Direito, Inovação e Tecnologia. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 232.

6 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2015.

Neste passo exordial, é importante registrar que alguns autores, como destaca Ferraz Junior, adotam os termos privacidade e intimidade às vezes como sinônimos e, em outros momentos, como indicativos de uma relação de gênero e espécie:

Embora os comentadores não vejam diferença entre vida privada e intimidade (cf. Ferreira Filho, 1990:35, Cretella Júnior, 1990:257), pode-se vislumbrar um diferente grau de exclusividade entre ambas. A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros. Terceiro é, por definição, o que não participa, que não troca mensagens, que está interessado em outras coisas. Numa forma abstrata, o terceiro compõe a sociedade, dentro da qual a vida privada se desenvolve, mas que com esta não se confunde (cf. Luhmann, 1972). A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão⁷.

Qualquer que seja a perspectiva doutrinária adotada, o sistema jurídico brasileiro tutela a privacidade como direito fundamental individual e diretamente relacionado aos atributos da personalidade.

7 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.p.23.

O TRATAMENTO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO À PRIVACIDADE: O EXEMPLO DA UNIÃO EUROPEIA

A proteção à privacidade é tratada pela União Europeia na Diretiva da Privacidade Eletrônica, Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas.

O art. 15 desta Diretiva prevê que qualquer infração aos direitos à privacidade deve ser uma medida necessária, adequada e proporcionada em uma sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infrações penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações eletrônicas, tal como referido no nº 1 do art. 13 da Diretiva 95/46/CE — Diretiva relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Marques et al destacam que em 2001 foi criada a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD)⁸. A AEPD tem por missão garantir que todas as instituições e órgãos da UE respeitem o direito à privacidade dos cidadãos quando processem os seus dados pessoais. É essa a autoridade que controla também as questões de dados pessoais na Internet.

As Diretivas 2002/58/CE e 95/46/CE são documentos de referência no tratamento dado à privacidade no âmbito internacional, já que estabelecem o quadro regulamentar que determina um equilíbrio entre o nível elevado de proteção da privacidade dos cidadãos e a livre circulação de dados pessoais no interior da UE. Na União Europeia os padrões de proteção à privacidade são bastante restritivos.

8 MARQUES, Camila; et al.Op.cit.

No contexto da defesa da privacidade de todas as pessoas online, um texto reconhecido por 400 organizações internacionais é o texto dos Princípios Internacionais sobre a Aplicação dos Direitos Humanos na Vigilância das Comunicações⁹.

O quadro abaixo demonstra esses princípios que ajudam a balancear quando se faz necessário e proporcional alguma medida de vigilância e contra-atacar práticas de vigilância em massa ilimitadas.

QUADRO 2: PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA VIGILÂNCIA DAS COMUNICAÇÕES

LEGALIDADE	Qualquer tipo de limitação aos direitos humanos deve estar disposta na lei de maneira clara, precisa e com flexibilidade para revisões periódicas.
FIM LEGÍTIMO	Medidas só podem ser impostas por autoridades estatais específicas, com interesse definido e sem nenhuma forma discriminatória possível.
NECESSIDADE	O Estado deve justificar a violação por meio da vigilância, a fim de que seja comprovadamente necessária para atingir um fim legítimo.
ADEQUAÇÃO	Com o fim de que instâncias de Vigilância das Comunicações autorizadas por lei sejam apropriadas para a realização do Fim Legítimo identificado.

⁹ Idem. Texto integral disponível em: <<https://pt.necessaryandproportionate.org/text>>.

PROPORCIONALIDADE	Faz com que a sensibilidade da informação e a gravidade da infração aos direitos humanos sejam levadas em consideração, atendendo minimamente às diretrizes pré-estabelecidas.
AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE	Que tenha a capacidade e o conhecimento necessário e seja imparcial e independente, sem vínculo com as autoridades que realizam a Vigilância das Comunicações.
DEVIDO PROCESSO LEGAL	Assegurando que o Estado garanta que os procedimentos que podem interferir nos direitos humanos sejam realizados de acordo com a lei.
NOTIFICAÇÃO DO USUÁRIO	Em tempo suficiente, que permita recurso e outras medidas.
TRANSPARÊNCIA	Para que o uso e o escopo das leis estejam o mais acessível possível à sociedade, por meio do fornecimento do maior número de informações sobre os pedidos de vigilância.
ESCRUTÍNIO PÚBLICO	Com o estabelecimento de mecanismos de fiscalização independentes que tenham amplo e apropriado acesso às ações do Estado para, inclusive, avaliá-lo no uso da Vigilância das Comunicações.
INTEGRIDADE DAS COMUNICAÇÕES E SISTEMAS	Garantindo que sistemas de segurança não sejam comprometidos em decorrência de constrangimento estatal, como a criação de obrigações de retenção de dados.

SALVAGUARDAS PARA
A COOPERAÇÃO
INTERNACIONAL

Para que o padrão mais seguro em uma situação em que leis de mais de um Estado possam ser aplicadas, como em uma busca de assistência de prestadores de serviço estrangeiros, seja privilegiado.

SALVAGUARDAS
CONTRA ACESSO
LEGÍTIMO E O DIREITO A
MEDIDAS EFICAZES

A fim de que seja promulgada uma legislação que criminalize a Vigilância das Comunicações com sanções civis e criminais, além de garantir proteção para denunciante e reparações para afetados.

Fonte: Marques et al (2015, p. 53-54)

Ademais, o documento dos princípios aborda os fatores para a avaliação do acesso aos registros guardados.

QUADRO 3: FATORES PARA A AVALIAÇÃO DO ACESSO AOS REGISTROS GUARDADOS

- 1 Existe uma alta probabilidade de que um crime grave (ou uma ameaça específica a uma atividade legítima) foi ou será cometido;
- 2 Existe alta probabilidade de que evidências ou materiais relevantes para tal crime grave (ou ameaça específica a uma atividade legítima) seriam obtidos acessando as informações protegidas procuradas;
- 3 Outras técnicas menos invasivas foram esgotadas ou seriam inúteis, de forma que as técnicas utilizadas sejam a opção menos invasiva;
- 4 As informações acessadas serão limitadas ao que é relevante e essencial ao crime grave ou ameaça específica ao fim legítimo alegado;
- 5 Quaisquer informações coletadas a mais não serão mantidas, mas prontamente destruídas ou devolvidas;
- 6 As informações serão acessadas somente pela autoridade especificada e usadas apenas para a finalidade e duração para as quais foi concedida a autorização; e

- 7 As atividades de vigilância solicitadas e técnicas propostas não comprometem a essência do direito à privacidade ou as liberdades fundamentais.

Fonte: CTS-FGV (2015, p. 22-23)

De acordo com esse documento, a regra é que o acesso às informações de registros de conexão e o acesso a aplicações só deva ser conduzido mediante ordem judicial e quando for a única forma de atingir um fim legítimo ou quando for a forma de menor impacto nos direitos humanos. O ônus de estabelecer esta justificativa recai sempre sobre o Estado.

A PRIVACIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro protege a privacidade, tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional e, muitas vezes, o faz associando-o ao direito ao sigilo, na perspectiva de proteção a informações e ações de cunho pessoal, que não lesionem ou ponham em risco direitos de outras pessoas.

Em verdade, ainda que algumas dessas informações possam, concretamente, lesionar ou ameaçar a integridade de outros bens jurídicos, o acesso àquelas somente pode ocorrer em situações excepcionais e, mediante decisão judicial, nos termos do que preceitua o art. 5º, incisos X, XII, LX da CF/88.

Na mesma esteira, antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, a Lei nº 4.117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações, a Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67, e a Lei da Política Nacional da Informática, Lei nº 7.232/84, já protegiam, em menor escala, a privacidade e a proteção de dados pessoais. O Código Civil de 2002 abordou a privacidade no capítulo referente aos direitos da personalidade.

ART. 20 Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

PARÁGRAFO ÚNICO Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

ART. 21 A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma¹⁰.

Antes dele, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, já protegia a privacidade no capítulo das “Práticas Comerciais”, na seção “Dos bancos de dados e cadastros de consumidores”.

ART. 43 O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

¹⁰ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

- § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.
- § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.
- § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público¹¹.

A privacidade também foi resguardada pela Lei nº 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*.

ART. 1º (VETADO)

PARÁGRAFO ÚNICO Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

ART. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

- I para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- II para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

¹¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

- III para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável¹².

Mais recentemente, a **Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12. 527/2011**, abordou o tema no tocante ao acesso às informações pessoais.

ART. 31 ○ tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

- I terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e
- II poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º ○ consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

12 BRASIL. **Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

- I à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;
- II à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;
- III ao cumprimento de ordem judicial;
- IV à defesa de direitos humanos; ou
- V à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal¹³.

Nota-se que ao longo dos anos o país buscou uma proteção hígida sobre a privacidade, qualquer que seja a perspectiva conceitual empregada. O fato é que, quando a tutela jurídica foi inicialmente imaginada, não era possível prever a ameaça que ela poderia sofrer frente aos avanços tecnológicos vindouros, sobretudo, com a massificação do uso da Internet.

13 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

Nem por isso, todavia, o sistema jurídico brasileiro mostrou-se impossibilitado de defender a privacidade e a intimidade quando violadas ou ameaçadas na Internet. Apenas a título ilustrativo, podem ser citadas decisões judiciais pátrias, fulcradas nas leis acima referenciadas, que determinaram a retirada de vídeos que expunham, sem autorização, a intimidade das pessoas ou que as colocavam em posição vexatória, como a decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.335.153-RJ e REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013), ou ainda, relativamente ao direito ao esquecimento¹⁴ — há muito debatido nos Estados Unidos e no âmbito da União Europeia.

Nessa fase, antes do Marco Civil da Internet, o Direito Brasileiro preenchia, com seus próprios mecanismos de integração e completude, eventuais lacunas e procedia à adaptação das normas existentes à nova realidade tecnológica, ao menos na seara civil e administrativa.

O MARCO CIVIL DA INTERNET E A PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

Preliminarmente, aqui, destacam-se alguns pontos-chaves para a proteção à privacidade que orientaram a elaboração da Lei Federal nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet. Esses pontos foram formulados no âmbito do Comitê Gestor da Internet do Brasil (CGI.br¹⁵) e podem ser encartados no quadro a seguir:

-
- 14** “Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.” OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.p. 160.
- 15** O CGI.br foi criado pelo Decreto nº 4.829/2003 da Presidência da República. Tem a atribuição de estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil e diretrizes para a execução do registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível “.br”. Também promove estudos e recomenda procedimentos para a segurança da Internet e propõe programas de pesquisa e desenvolvimento que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso da Internet. Maiores informações: <<http://www.cgi.br>>.

QUADRO 4: A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE	Garante uma relação de confiança entre usuários, empresas e governos no meio digital;
	Garante o devido processo legal, o princípio da proporcionalidade das investigações e a manutenção da integridade das provas;
	Proíbe práticas de inspeção das informações compartilhadas no uso da Internet, sejam estas utilizadas para fins de pesquisa, transações ou comunicação entre pessoas e/ou organizações;
	Protege a criatividade e a liberdade de expressão e de escolha do usuário, na medida em que protege sua intimidade; Impede que empresas provedoras de serviços, conteúdos e aplicativos fiquem excessivamente suscetíveis a requisições não justificadas de dados, o que previne que qualquer organização, seja ela pública ou privada, tenha acesso a dados pessoais ou empresariais sem o respaldo do devido processo legal estabelecido pelo arcabouço legal;
	Impede que práticas desnecessárias e pouco transparentes de coleta, armazenamento e/ou de monitoramento de dados sejam realizadas no âmbito nacional e internacional sem o devido processo ou ordem judicial.

Fonte: CGI.br (2013)

Tendo em vista os objetivos propostos para este estudo, cabe-nos, neste passo, examinar o texto legal, no que tange à estrutura normativa estabelecida para a proteção à privacidade.

ART. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

[...]

- II os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
[...]

ART. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

[...]

- II proteção da privacidade;
[...]¹⁶

Desta feita, o texto normativo, ao separar em artigos e títulos diferentes fundamentos e princípios de uma lei, pouco contribuiu para fazer compreender a interação entre o uso da Internet e o respeito aos direitos humanos, privacidade e dados pessoais, possibilitando a conclusão equivocada de que haveria uma hierarquia ou diferença de grau entre fundamentos e princípios, quando na verdade, é possível incluir o direito à privacidade no gênero direitos humanos e desenvolvimento pessoal, sem necessidade da redundância legislativa.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. DOU 24.04.2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

Em prosseguimento, são indicados, de forma geral no art. 7º¹⁷, alguns direitos assegurados aos usuários, entre os quais: I) inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II) inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III) inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

A redundância legislativa é aqui repetida, uma vez que o Código Civil e a Constituição Federal de 1988 já contemplam a proteção jurídica com redação idêntica, especialmente porque o sigilo da correspondência e de dados englobam o sigilo das comunicações, independente do meio em que são expressas ou manifestadas, a exemplo dos *e-mails*.

A novidade positivada refere-se à proteção especificada da proteção de dados pessoais, no âmbito dos serviços de Internet, estabelecida no inciso VII do art. 7º. Em verdade, a não transmissão de dados pessoais dos usuários de

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

[...]

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

[...]

Internet, sem seu consentimento, a outros entes empresariais ou não, já poderia ser considerada um direito implícito do consumidor. Chama a atenção que o mencionado inciso VII estipula que haverá o fornecimento destes dados pessoais, independentemente da vontade do usuário, nas hipóteses previstas em lei, mas não indica quais seriam essas hipóteses.

Os demais direitos poderiam ser, da mesma forma, encartados como já contemplados pelo CDC, pois o sistema nacional de proteção e defesa do consumidor possibilita que eles sejam exigidos administrativamente pelos órgãos integrantes do sistema.

Quanto à utilização dos dados pessoais dos usuários, a lei não parece indicar de maneira clara quando a utilização será possível, atrelando-a às seguintes finalidades: I) justifiquem sua coleta; II) não sejam vedadas pela legislação; e III) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de Internet. E, ao elencar as finalidades, a lei não mencionou a necessidade de autorização judicial nem o consentimento do usuário para a utilização dos dados. Aliás, no inciso IX do art. 7º, o consentimento exigido refere-se à coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, não se referindo ao consentimento para sua utilização.

O art. 8º reforça a comum repetição de textos legais já existentes, sem acrescentar nada que não pudesse ser extraído direta e expressamente da CF/88 ou da noção corriqueira e que assente que os direitos individuais são irrenunciáveis.

ART. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet.

PARÁGRAFO ÚNICO São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no *caput*, tais como aquelas que:

- I impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela Internet; ou
- II em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil¹⁸.

Em outro turno, a lei trata da “Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas” e, neste aspecto, trouxe inovações que, apesar de não serem tratadas de forma expressa em outros textos normativos, corroboram o esquema constitucional de proteção à intimidade e à privacidade. Isso porque repete a proteção do conteúdo de comunicações privadas e de dados pessoais e trata especificamente dos registros de conexão (conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados) e de acesso a aplicações da Internet (conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet a partir de um determinado endereço IP), afirmando que somente mediante ordem judicial tais registros e informações podem ser disponibilizados.

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 no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que

¹⁸ Idem.

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.

§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição¹⁹.

De acordo com o § 3º do supracitado dispositivo, a proteção à privacidade não impede a disponibilização para autoridades administrativas (embora não indique quem são essas autoridades) do acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço. E, neste ponto, causa estranheza o permissivo legal. Qual será o interesse do poder público nessas informações? Ao Estado seria possível, com essas informações, formar um perfil político de seus cidadãos? O cidadão teria o direito a ser informado sobre o requerimento de informações formulado? Esses são possíveis questionamentos que surgem concomitante à permissibilidade legal.

Um aspecto positivo da norma refere-se à previsão contida no art. 11, acerca de uma “extraterritorialidade” das medidas protetoras da intimidade e da privacidade, quando um dos seguintes serviços for realizado no território nacional: I) coleta; II) armazenamento; e III) guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet. De forma sucinta, se uma dessas operações ocorrer no Brasil, o provedor do serviço fica submetido às normas protetoras, ainda que

19 Idem.

a empresa fornecedora do serviço esteja sediada no exterior ou mesmo que os dados estejam em território estrangeiro.

- ART. 11 Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.
- § 1º O disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.
- § 2º O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.
- § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de Internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.
- § 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo²⁰.

20 Idem.

Há, ainda, dois dispositivos de questionável constitucionalidade que dizem respeito à possibilidade de autoridades policiais, administrativas e o Ministério Público requererem, independentemente de decisão judicial, que os dados armazenados pelos provedores de serviços de Internet sejam mantidos guardados por prazo superior ao legal.

ART. 13 Na provisão de conexão à Internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no *caput*.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no *caput*.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º.

§ 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

[...]

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.

[...]

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de Internet que os registros de acesso a aplicações de Internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no *caput*, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13²¹.

Causa estranheza a permissibilidade de que alguns entes possam requerer a guarda de dados pessoais em tempo superior ao previsto em lei. Isto porque, intuitivamente, em havendo necessidade de que os dados sejam mantidos por prazo superior a 1 (um) ano, por exemplo, significa que já existem indícios da prática de um ato ilícito e, havendo indícios, por que não requisitar, judicialmente, o acesso aos referidos dados? Haveria, neste dispositivo, uma abertura, ainda que tênue, para, de certa forma, flexibilizar ainda mais a vedação à utilização de provas ilícitas por derivação²²? É preciso, neste ponto, rechaçar tal possibilidade.

21 Idem.

22 Entendem-se como provas ilícitas por derivação aquelas provas adquiridas em conformidade com o ordenamento jurídico e de forma lícita. Porém, a sua origem derivou de uma informação obtida de prova ilicitamente colhida. Assim, a prova lícita acaba se tornando imprópria e inadequada para ser utilizada no processo. Este entendimento é o da teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela Suprema Corte Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Em outra perspectiva, houve, ainda, a criação de sanções²³ decorrentes do desrespeito ao direito à privacidade e à intimidade, art. 12 da lei, a exemplo da multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, em casos de violação à privacidade e, ainda, advertência, suspensão e proibição do exercício da atividade.

QUESTÕES A SEREM ENFRENTADAS POR OCASIÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Como bem destacam os pesquisadores do CTS-FGV²⁴, embora o Marco Civil utilize a expressão “dados pessoais” em 10 (dez) ocasiões diferentes e a “tratamento de dados” em dois artigos²⁵ esses termos não foram explicitamente definidos. Assim, espera-se que essas definições sejam abordadas em uma futura lei de proteção de dados pessoais²⁶. No momento, como o Brasil carece de uma lei específica, a ausência de um entendimento compartilhado sobre esses termos tem sido um empecilho à plena aplicação do Marco Civil. A primeira questão a ser enfrentada por ocasião da regulamentação é a definição de termos importantes relativos à privacidade.

23 Idem. 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.

24 CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (CTS-FGV). **Contribuição para o debate público sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet**. FGV DIREITO RIO. 30 abr. 2015. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/contribuicao_cts-fgv_ao_debate_publico_do_marco_civil.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015. p.4

25 BRASIL, Lei nº 12.695/14. Art. 7º, incisos VIII e IX e art. 11, *caput* e parágrafo 3º.

26 Projeto de Lei nº 4.060/2012 em tramitação. Para participar do debate sobre a lei acesse <http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>.

Nesta senda, há a necessidade de se esclarecer o significado de “dados cadastrais”, bem como de definir dados que permitem a “qualificação pessoal” e também quais são as autoridades administrativas às quais o art. 10, § 3º²⁷ faz referência.

Uma interpretação recorrente acerca do Marco Civil é a de que os dados a que o art. 10, § 3º faz referência poderiam ser obtidos sem a necessidade de prévia ordem judicial. Como se tratam de casos excepcionais, é necessário delimitar exatamente em quais situações isso poderia ocorrer e entender o conteúdo exato dos termos inseridos no art. 10.

Para Marques et al²⁸ entre as questões mais controversas da lei estão as previsões de retenção por tempo determinado de metadados e logs de conexão e aplicações. Os autores lembram que, apesar da pressão de parte da sociedade civil para que essa parte do texto não fosse aprovada, a influência dos órgãos de investigação (polícias e Ministério Público)²⁹ para a guarda desses dados por maior tempo e em maior quantidade fez com que a lei fosse aprovada com os artigos sem alterações.

Essa fragilidade precisa ser enfrentada, pois, nas condições do Marco Civil, os provedores de aplicativos são obrigados a armazenar, por seis meses (art. 15), os registros de acesso de seus usuários, violando, assim, seus direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Como se pode perceber, os dados ficarão durante esse prazo sob a guarda de entidades privadas. Daí surge a preocupação com o fato de não haver garantias que inibem a comercialização

27 BRASIL, Lei nº 12.695/14. 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. [...]§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

28 MARQUES, et al. Op. cit.

29 Muitos operadores do direito veem nessas medidas um importante auxílio ao Estado na investigação, sendo de grande utilidade ao combate de diversos crimes e na proteção de direitos.

ou outros usos indevidos de tais dados, além da potencial falta de segurança do seu armazenamento.

Marques et al³⁰ alertam que essas informações podem fornecer a localização e os hábitos de qualquer usuário da Internet e colocar em risco seus direitos à segurança, à sua presunção de inocência, à vida privada e à livre expressão, proporcionando tanto aos entes privados como também aos públicos a possibilidade de vigilância e controle dos usuários de Internet.

Nesse ponto, o vigilantismo entra em cena e deve ser rechaçado, pois fere gravemente a privacidade dos cidadãos. Lamentavelmente, o Estado brasileiro em diversas instâncias tem frequentemente adotado práticas vigilantistas³¹.

É imprescindível o detalhamento por parte do governo do tipo de informação vigiada, afinal o art. 15, § 3º dispõe sobre a necessidade de autorização judicial prévia para acesso a qualquer informação privada considerada sigilosa dos usuários. Até o monitoramento que ocorra com informações que o próprio usuário deixe públicas requer um aval judicial³².

Sobre esses prazos de guarda de dados (6 meses ou 1 ano) previstos na lei (art. 15 e art. 13), pronunciaram-se as empresas de telecomunicações, as quais divulgaram uma interpretação de que poderá haver restrição ao uso do *big data*³³ devido aos mecanismos de privacidade do Marco Civil da Internet. A problemática está no fato de que os processos utilizados pelo sistema podem acabar violando a privacidade dos usuários, pois eles requerem a abertura das

30 Idem.

31 Idem. A Agência Brasileira de Inteligência (Abin), por exemplo, utiliza-se de um sistema de monitoramento batizado de Mosaico, no qual Facebook, Instagram, Twitter e WhatsApp são vigiados com base em 700 assuntos pré-definidos .

32 MARQUES et al. Op. cit.

33 O conceito de *big data* refere-se aos conjuntos de dados de grande extensão que, por esse motivo, requerem ferramentas específicas e sofisticadas para otimizar a busca e utilização de todas as informações em tempo hábil.

informações para compor padrões e cumprir seu objetivo de melhora qualitativa na dinâmica da rede³⁴.

O CTS-FGV³⁵ ressalta que, ao se depararem com essa problemática, os organismos internacionais concluíram que a “retenção em massa, de dados de comunicações, sem que haja uma suspeita, é fundamentalmente contrária ao Estado de Direito, incompatível com os princípios fundamentais de proteção de dados e ineficaz”³⁶.

Afinal, o país necessita de um decreto para regulamentar o Marco Civil e de uma lei de proteção de dados pessoais para avançar na promoção da privacidade *online*. Só assim temas como a guarda de logs de conexão e aplicações; o consentimento livre, expresso e informado; a existência de mecanismos para exclusão de dados de usuários; um mecanismo para verificar quem monitora a navegação do usuário na rede; e, ainda, a exclusão de dados quando finda a relação entre as partes, serão melhores tratados e assegurados.

CONCLUSÃO

Em uma perspectiva geral, o Marco Civil buscou proteger os usuários da Internet no tocante ao direito à privacidade e à intimidade, com o fim de emprestar maior segurança jurídica às relações estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor de acesso e serviços da Rede Mundial.

Todavia, a partir do exame da estrutura da lei, fica evidente que o Marco Civil não trouxe mudanças ou proteções significativamente distintas daquelas já existentes no sistema jurídico brasileiro. Do mesmo modo, não estabeleceu critérios para o balanceamento entre o direito à informação, à liberdade de

³⁴ Idem.

³⁵ CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (CTS-FGV). Op. cit. p.3

³⁶ COUNCIL OF EUROPE'S COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **The Rule of Law on the Internet and in the Wider Digital World**. Disponível em: <<http://www.statewatch.org/news/2014/dec/coe-hr-comm-rule-of-law-on-the%20internet-summary.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

imprensa e o respeito à intimidade e à vida privada, a exemplo do direito ao esquecimento. Tampouco tangenciou as diversas possibilidades de participação democrática por meio da Internet e nem foi suficientemente vertical no que pertine à utilização, pelas operadoras de serviços de Internet, dos dados pessoais e históricos dos usuários que podem ser direcionados para influenciar a liberdade de escolha e de pensamento dos usuários. Não houve, ainda, a imposição de limites ao Estado para que utilize com temperança os dados obtidos a partir do monitoramento das redes sociais.

Sim, é possível afirmar que o Marco Civil da Internet está de acordo com as diretrizes internacionais sobre o tema, mas as estruturas e os recursos humanos dos Poderes Judiciário e Executivo ainda precisam de reorientação e podem ser considerados problemas em questões de quebra de sigilo. Isso porque pouco se avançou nas interpretações judiciais para proteger os usuários com mais adequação, a fim de coibir exageros, principalmente de governos e empresas. Pouco se avançou também no debate sobre a capacidade de organismos de defesa estatais, por provocação do Executivo, praticarem vigilância sem prestarem esclarecimentos claros e transparentes à população sobre os métodos e critérios utilizados em tais operações.

Nessa trilha, de ajustes e de aperfeiçoamento, é importante que a regulamentação do Marco Civil da Internet delimite rigorosamente as situações especificadas na lei nas quais os dados dos cidadãos podem ser acessados pelas autoridades. Além disso, as medidas de transparência que permitam o escrutínio público sobre como o Estado e suas autoridades têm atuado nas suas funções de persecução criminal (*online*) precisam ser fomentadas. Ao avançar nesse sentido, o futuro Decreto de regulamentação da lei pode desempenhar um papel fundamental para assegurar a privacidade dos cidadãos em um contexto de crescente vigilância e vulnerabilidade da vida privada³⁷. ✱✱

37 CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (CTS-FGV). Op.cit., p.4

Um das t nicas do Marco Civil da Internet   a prote o   privacidade e isso deve ser valorizado em todas as esferas de poder. A sujei o   vigilância arbitrária ou ilegal, coleta, tratamento ou uso de dados pessoais indevidos devem ser combatidos. Procedimentos, práticas e legisla o a respeito de vigilância das comunica es, suas intercep es e coletas de dados pessoais, incluindo vigilância em massa, intercep o e coleta, carecem de revisão. Esse trabalho de ajuste, revisão e aperfei amento precisa apoiar-se, portanto e cada vez mais, nos regramentos internacionais dos direitos humanos. ✨

REFERÊNCIAS E INDICA ES BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, Neutralidade e Inimputabilidade da Internet no Brasil: Avanços e Deficiências no Projeto do Marco Civil. **Revista Eptic Online**. Vol.16. n. 2. p.161-175. Mai-Ago/2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufs.br/index.php/eptic/article/view/2276/1954>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Gera o de Direitos Fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. n. 3. Abr/Jun. 2008, p. 82-93.

BRASIL. Constitui o (1988). **Constitui o da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. **Lei n  10.406, de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

_____. **Lei n  8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

_____. **Lei n  12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. DOU 24.04.2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

_____. **Lei n  9.507, de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informa es e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

_____. **Lei n  12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informa es previsto no inciso XXXIII do art. 5 , no inciso II do   3  do art. 37 e no   2  do art. 216 da Constitui o 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 01 fev. 2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n  1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Nelson Curi e Outros e Globo Comunica o e Participa es S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.334.097-RJ (2012/0144910-7). Globo Comunicação e Participações S/A e Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

CENTRO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DA ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (CTS-FGV). **Contribuição para o debate público sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet**. FGV DIREITO RIO. 30 abr. 2015. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/contribuicao_cts-fgv_ao_debate_publico_do_marco_civil.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (CGI.br). **O CGI.br e o Marco Civil da Internet**. 17 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/4/CGI-e-o-Marco-Civil.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

COUNCIL OF EUROPE'S COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. **The Rule of Law on the Internet and in the Wider Digital World**. Disponível em: <<http://www.statewatch.org/news/2014/dec/coe-hr-comm-rule-of-law-on-the%20internet-summary.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

DONEDA, Danilo. **Privacidade e Transparência no Acesso à Informação Pública**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/leis11-09.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. O direito à privacidade nas sociedades democráticas. O direito à privacidade na Internet. O direito à privacidade no combate ao terrorismo. **II Módulos sobre questões selecionadas de Direitos Humanos**. Coimbra, Portugal. Apostila. p. 385-411. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/pdfs/L.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; PINHEIRO, Jurandir Borges. Interceptações e privacidade: novas tecnologias e a Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. [Coord.]. **Direito, Inovação e Tecnologia**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. [Coord.]. **Direito, Inovação e Tecnologia**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Camila; TRESKA, Laura; PERIN FILHO, Luiz Alberto; RIELLI, Mariana; LORIO, Pedro. **Marco Civil da Internet: seis meses depois, em que pé que estamos? Article 19**. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/01/an%C3%A1lise-marco-civil-fnal.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

OST, François. **O Tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <<http://www.gdcd.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

LA EXPERIENCIA DE BRASIL Y ARGENTINA EN LA DEMOCRATIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Thiago Moreira Goncalves

Alessandra Pereira Dolabella

Luz Marianne Estrellita¹²

INTRODUCCIÓN

Desde hace muchos años se nota la importancia de los medios de comunicación en la sociedad, por su influencia en la política, economía, etc. La televisión, el radio, los periódicos impresos o, más recientemente, la Internet, son las formas más dinámicas y efectivas para informar a la población y hacer girar la información. Además, una peculiaridad que torna la comunicación tan valorizada en la sociedad moderna es su velocidad, que permite cada vez más, en pequeños intervalos de tiempo, una región se comunique con otra, estando ella en África, Europa u Oceanía. Debido a eso, en función del fácil acceso, gran difusión y aceptación social, estos medios son grandes formadores de opinión. Por ello, tienen el poder de influenciar y movilizar a los oyentes, telespectadores o usuarios del medio de comunicación en cuestión. Teniendo esto en cuenta, está clara la importancia de que haya una buena y eficiente reglamentación por parte del gobierno o agencias gubernamentales de estos medios para evitar que ocurran acciones monopolistas y que puedan afectar el libre ejercicio democrático en determinada sociedad en relación a la comunicación.

-
- 1 Thiago Moreira Goncalves – Alumno de la carrera de Abogacía – Universidade Federal de Minas Gerais – Brasil – thiagom93@yahoo.com.br Alessandra Pereira Dolabella – Alumna de la carrera de Abogacía – Universidade Federal de Minas Gerais – Brasil – apdolabella|@gmail.com Luz Marianne Estrellita – Alumna de la carrera de Abogacía – Universidad Cesar Vallejo – Peru – estresol95@gmail.com
 - 2 Orientación: Profesora Dra. Maria Laura Spina – Universidad Nacional del Litoral – Argentina

La regulación mediática puede adoptar muchas formas y presentar diversos niveles de influencia, que van desde sugerencias expectantes elaboradas por organizaciones civiles, recomendaciones vinculantes de grupos industriales y mandatos de organizaciones internacionales, hasta el control directo por parte de los gobiernos nacionales, también con numerosos niveles de influencia dentro de esta hipótesis³.

En la actualidad, hay personas que al instante de buscar información mediante los medios de comunicación, se encuentran en muchos casos, información totalmente parcializada, ello se produce porque los medios de comunicación son manejados por hombres y estos, por su carácter social, son también influenciados por la sociedad y aunque busquen la total imparcialidad, este fin nunca será alcanzado. Por otro lado, es de extrema importancia que haya espacio para las más distintas opiniones y creencias. Esto es uno de los principios básicos de las democracias, por lo que, con los medios de comunicación no podría ser distinto. Visto de esa manera, se cuestiona el uso de las comunicaciones en beneficio a fines privados en sociedades democráticas. De hecho, en relación a eso Comparato dice:

Na realidade, porém, a organização do espaço público de comunicação – não só em matéria política, como também econômica, cultural ou religiosa – faz-se, hoje, com o alheamento do povo, ou a sua transformação em massa de manobra dos setores dominantes. Assim, enquanto nos regimes autocráticos a comunicação social constitui monopólio dos governantes, nos países geralmente considerados democráticos o espaço de comunicação social deixa de ser público, para tornar-se, em sua maior parte, objeto de oligopólio da classe empresarial, a serviço de seu exclusivo interesse de classe⁴.

3 MCKENZIE, Robert. **Estudio comparativo de la regulación de los medios de comunicación en Francia, Estados Unidos, México y Ghana**. Disponible en: <<http://goo.gl/5ZHL5V>>. Acceso en: jun. 2015.

4 COMPARATO, Fabio Konder. A democratização dos meios de comunicação. **REVISTA USP**, São Paulo, n.48, p. 6-17, dez./fev. 2000-2001. Disponible en: <<http://goo.gl/1puQ2k>>. Acceso en: jun. 2015. p.05.

Delante de esta problemática, la democratización de los medios de comunicación es uno de los problemas que enfrentan muchos países. Por su rol esencial en la promoción de la igualdad, conforme expresa el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos, y de la libertad de opinión y expresión, este tipo de democratización está en constante discusión en el contexto internacional. En 2012, las Naciones Unidas, por medio su relator especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, dijo que se debe evitar el monopolio de los medios de comunicación a través de la reglamentación de la distribución de las concesiones de radio y televisión nacionales⁵.

ART. 19 Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión⁶.

Además de eso, la Internet tiene un papel fundamental en las comunicaciones. Las relaciones globales se estrecharon a lo largo de los últimos años muy debido a la instantaneidad de la comunicación por la Internet, así que esta se torna uno de los principales factores de atención cuando se refiere a la democratización de los medios de comunicación.

Recientemente, Brasil y Argentina fueron ejemplos de la reglamentación de algunos de los medios de comunicación en sus respectivas jurisdicciones nacionales, representando avances en el proceso de democratización, que serán presentados a seguir.

5 REVISTA FORUM. **Relator da ONU defende combate ao monopólio dos meios de comunicação.** 2012. Disponible en: <<http://goo.gl/lJfVQw>>. Acceso en: jun. 2015.

6 ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Disponible en: <<http://goo.gl/Zj1gA>> Acceso en: jun. 2015.

EL CASO BRASILEÑO

La ley 12.965, también conocida como “Marco Civil da Internet”, fue promulgada en Brasil el 23 de abril de 2014 para resolver problemas puntuales y característicos de la universalización del uso de la Internet en el país. A pesar de su surgimiento desde hace veinticinco años, todavía no había un diploma legal en Brasil que regulaba las relaciones en la red. Antes de esta ley, el código civil y el código de defensa del consumidor eran utilizados como forma de cubrir este vacío existente en el ordenamiento jurídico del país para reglamentar las relaciones en red y posibles actos ilícitos cometidos por sus usuarios⁷.

Por lo tanto, el gobierno y los legisladores brasileños enfrentaron la necesidad de formular una legislación específica, que, no sólo evitaría la ocurrencia de abusos por parte de los usuarios de la Internet, sino que también permitiera la democratización de ese medio de comunicación que es fundamental para la integración social y difusión de las informaciones, hecho que contribuye al fortalecimiento de la democracia en país. El propio “Marco Civil” reconoce, en su art. 2º, II, que el acceso a internet es esencial para el ejercicio de la ciudadanía⁸.

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

7 GOMES JUNIOR, Carlos Cesar *et al.* **Lei nº 12.965/11: o Marco Civil da Internet - análise crítica.** Disponible en: <<http://goo.gl/onYNww>>. Acceso en: jun. 2015.

8 DIGITAL, Redação Olhar. **Cinco pontos essenciais para entender o Marco Civil da Internet.** Disponible en: <<http://goo.gl/tuyMwL>>. Acceso en: mai. 2015.

La ley del “Marco Civil da Internet” presenta cinco puntos clave que representaron gran avance en la reglamentación de los derechos y deberes en relación al uso de la red. Son ellos: los derechos de los usuarios de la Internet, como no violación de su vida privada y calidad de la conexión; la responsabilidad de las empresas para retirar determinado contenido de la red después de ser avisados judicialmente; las obligaciones del gobierno en relación a la gobernanza y difusión de la Internet en el país; la obligatoriedad de los proveedores de Internet de guardar los datos de acceso por determinado periodo, por si acaso la justicia decide utilizarlos; por fin, el principio de la neutralidad será adecuadamente tratado¹⁰.

De acuerdo con Carlos César Gomes Júnior¹¹, siguiendo el principio de neutralidad, la información y los datos deben recibir igualdad de trato independientemente de su contenido, dispositivo de acceso, de origen y de destino, garantizando así el libre acceso a cualquier tipo de información¹². Este principio tiene sus orígenes en la época en que se hacían llamadas telefónicas a través de una central telefónica y cuyo operador era el responsable de dirigir las llamadas deseadas. Con frecuencia ocurría que los operadores de telefonía en lugar de redirigir la llamada a una empresa específica solicitada por el usuario, direccionaban a una empresa competidora perteneciente a un amigo o familiar. Por tanto, este principio nació de la idea de prevenir que abusos como estos, ocurriesen con frecuencia. Así nació la idea de que el operador debe ser alguien neutral e imparcial, que no prioriza intereses particulares en detrimento de los demás¹³.

⁹ BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014**. Disponible en: <<http://goo.gl/WnmEv8>>. Acceso en: mai. 2015.

¹⁰ DIGITAL, Op.cit.

¹¹ GOMES JUNIOR *et al.* Op.cit.

¹² CAMARA DOS DEPUTADOS. **Marco Civil da Internet**. 2014. Disponible en: <<http://goo.gl/wloEbv>>. Acceso en: jun. 2015.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos principais da lei n^o 12.965, de 2014, O marco civil da internet: subsídios à comunidade jurídica**. Disponible en: <<http://goo.gl/LX3Ir2>>. Acceso en: mai. 2015. p.7-9.

Actualmente, los proveedores de conexión tienen el mismo papel que los operadores de telefonía tenían en el siglo pasado. Son ellos los responsables por establecer la conexión entre el usuario y el sitio web que se desea acceder. Pues, la adopción del principio de la neutralidad evita que los proveedores de Internet estimulen el acceso de los usuarios de Internet a ciertas aplicaciones o sitios web, por medio del ofrecimiento de distintas velocidades de conexión o cobrando precios distintos por cada tipo de acceso. Así que, se prohíbe que las empresas cobren un precio más alto por paquetes que incluyan el acceso a ciertos sitios web, o sea, todos deben tener la misma velocidad y precio, siendo manejados de manera igual, sin bloqueos, filtraje de contenido o priorización de intereses personales¹⁴.

Sin embargo, el “Marco Civil da Internet”, en su art. 9 (§1º, I, II), permite que haya excepciones en la aplicación del principio de la neutralidad. La ley establece que en los casos relacionados con cuestiones técnicas indispensables para la prestación adecuada de los servicios y aplicaciones, específicamente en el caso de los servicios de emergencia, será posible que se privilegien ciertos flujos de datos en detrimento de los demás. Esto porque el legislador quiso favorecer aquellos servicios que tienen mayor importancia por su carácter de urgencia, tales como hospitales y cuerpo de bomberos. No obstante, estas excepciones se regularán por decreto expedido por el Presidente¹⁵.

ART. 9º ○ 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

¹⁴ Ídem.

¹⁵ BRASIL. Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014. Disponible en: <<http://goo.gl/WnmEv8>>. Acceso en: mai. 2015.

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 emergência¹⁶.

Uno de los mayores beneficios de la adopción del principio de neutralidad es la democratización del uso de la Internet como medio de comunicación en Brasil. Este principio impide el desarrollo de un entorno de monopolio de información en Internet, donde empresas cobrarían más caro por acceso a determinadas aplicaciones o sitios web. Con tal concentración de contenido, se quedarían excluidos los sectores de la sociedad que no podrían pagar por las aplicaciones más caras, alejando los ciudadanos más pobres del amplio acceso a la información, y contribuyendo al aumento de un problema ya existente en Brasil que es la desigualdad social¹⁷.

Además de eso, en Brasil, el acceso a la información siempre ha sido un tanto restringido. En el pasado, sólo los más ricos tenían acceso a las universidades, mientras tanto los medios de comunicación, como radio y televisión, tenían un costo elevado, tornando el acceso a la información un privilegio de pocos. Actualmente, este escenario está cambiando con la difusión del radio, televisión y de la Internet, y también por medio de diversas iniciativas gubernamentales y parlamentarias, para democratizar el acceso a la información a fin de que todas las personas, incluidos los más pobres, tengan acceso a la información de forma amplia e irrestricta.

La violación de tal principio significaría un revés a la democracia, ya que la Internet se convirtió en una herramienta esencial para el debate de ideas y opiniones, así como la difusión de información. Por lo tanto, la reglamentación

¹⁶ Ídem.

¹⁷ MARTA, Bruna *et al.* **Democratização dos Meios de Comunicação é tema de debate na Fumec.** Disponible en: <<http://goo.gl/fYTIQ0>>. Acceso en: jun. 2015.

de la Internet en Brasil, con la aplicación del “Marco Civil da Internet”, fue un avance de la democracia brasileña, una vez que permitió a todos los individuos medios para divulgar sus mensajes e ideas, sin que haya cualquier tipo de discriminación, edición o monitorio. La libertad de expresión, que es el derecho de transmitir libremente cualquier información y emitir públicamente sus opiniones, es también un derecho indirectamente garantizado por el principio de la neutralidad, que establece igualdad de trato para todas informaciones y datos en la red, independientemente de su contenido¹⁸.

EL CASO ARGENTINO

Por otro lado, Argentina también fue un ejemplo en la democratización de los medios de comunicación. Después de varios intentos de lograr tal democratización y sustituir la antigua ley de la radiodifusión promulgada en la dictadura, que por su antigüedad, reconocía como nuevas tecnologías a las radios de FM, en la mañana del 10 de octubre de 2009 el país logra reemplazar a la Ley N° 22.285 conocida también como la ley de Radiodifusión, promulgando y sancionando la Ley n° 26.522 “Ley de medios” siendo este, un primer paso a la democratización de los medios de comunicación de radio y televisión.

La antigua ley señalaba que un representante de cada fuerza militar iba a dirigir el Comité Federal de Radiodifusión que en adelante será COMFER, así como también otro de la SIDE y otros de las empresas. Para que ello no se lleve a cabo, los gobiernos intervenían de forma permanente en el COMFER por lo que se producía la presencia de “interventores”. El interventor era elegido de manera totalmente antidemocrática ya que era escogido por un criterio subjetivo por parte del presidente. Eso fue cambiado por la “Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual” (AFSCA) que se

18 ESCOBAR, Juliana Janaina. **A Internet e a Democratização da Informação – proposta para um estudo de caso.** Disponible en: <<http://goo.gl/wl36PA>>. Acceso en: jun. 2015. p.3-8.

encuentra integrada también por la oposición que estuvo años sin decidirse a nombrar a sus representante¹⁹.

La presidenta de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, en marzo del 2009, anunció el envío de un proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual para que sea tratado por el Congreso. El mencionado proyecto no se originó solamente en el ámbito de los partidos políticos sino que fue posible, debido a que en el año 2004 se elaboraron los 21 puntos básicos por el derecho a la comunicación de la mano de la Coalición por una Radiodifusión Democrática, integrada por organizaciones sindicales de los trabajadores, sus centrales obreras, movimientos sociales, de derechos humanos, partidos y organizaciones políticas, las universidades nacionales, el movimiento cooperativista, radios y canales comunitarios, pymes (pequeñas y medias empresas) y los pueblos originarios.

Antes de ser enviado al Congreso, se le permitieron realizar modificaciones que se originaron en “los 23 foros y 80 conferencias, con participación de todos los sectores y en todas las provincias, con el propósito de incorporar las necesidades y requerimientos de todos los actores del complejo espectro audiovisual”. El 10 de octubre de 2009, tras más de 20 horas de debate en la Cámara de Senadores, se aprobó la nueva Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual N° 26522, convirtiéndose en un día histórico, tras 29 años de vigencia de una Ley sancionada en plena dictadura militar²⁰.

La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual es una norma de vanguardia, que entiende la comunicación como un derecho humano equivalente a la libertad de expresión, y que promueve la democratización de las voces prestadoras de servicios. Su modo de concebir la comunicación es inclusivo, plural,

19 ARGENTINA. **Ley n° 22.285 de 15 de setiembre de 1980**. Disponible en: <<http://goo.gl/Lxhezz>>. Acceso en: jun. 2015.

20 OBSERVATORIO SOCIAL. **Introducción a la Ley de Servicios Audiovisuales**. Nov 2011. Disponible en: <<http://goo.gl/ALISK2>>. Acceso en: jun. 2015.

y fuertemente antimonopólico y anticorporativo²¹. Tiene como objetivo principal regular todos los servicios de comunicación audiovisual abarcando la totalidad del territorio argentino, así como también el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación²².

Por otro lado, se entiende que esta ley es de relevancia nacional, debido a que la comunicación audiovisual es de tema de interés público, por lo tanto es una actividad social que tiene carácter primordial para el desarrollo de sociocultural de la población, en dónde el ciudadano puede exteriorizar unos de sus derechos inalienables, los cuales pueden ser, la libertad de expresión y la libertad de información sin que exista algún tipo de censura ante dicha exteriorización.

Gracias a esta ley, se dio la creación de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), reconocido como un órgano autárquico y descentralizado, que cumple con la función de hacer que la ley se cumpla, se interprete de manera adecuada y se aplique; también es función de este órgano elaborar y aprobar los reglamentos que regulen el funcionamiento del directorio, entre otras.

También, se dispone en la mencionada ley que los servicios de televisión por cable, deberán disponer de un abono social. Dicha disposición atiende a que, en ciertos lugares, el prestador de servicio de radiodifusión por suscripción a título oneroso, es el único servicio que existe para mirar televisión, con ello, se busca que todos los habitantes tengan acceso a los servicios de radiodifusión y comunicación audiovisual²³.

21 AFSCA. **Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual n° 26.522**. Disponible en: <<http://goo.gl/pSIfR2>>. Acceso en: jun. 2015.

22 Ídem.

23 ARGENTINA. **Ley n° 26.522 de 10 de octubre de 2009**. Disponible en: <<http://goo.gl/hmCLNk>>. Acceso en: jun. 2015.

Con la finalidad de impedir monopolios y oligopolios, la ley establece límites a la concentración, fijando para ello toques de la cantidad de licencias y por tipo de medio. Un mismo concesionario sólo podrá tener una licencia de servicio de comunicación audiovisual sobre soporte satelital; hasta 10 señales sonoras, de televisión abierta o cable, la ley actual permite que una persona sea dueña de 24 y hasta 24 licencias de radiodifusión por suscripción. A ningún operador se le permitirá que dé servicios a más del 35 por ciento del total de la población del país o de los abonados, en el caso que corresponda. Por otra parte, quien maneje un canal de televisión abierta no podrá ser dueño de una empresa de distribución de TV por cable en la misma localidad, y viceversa. También se impide que las compañías telefónicas brinden servicios de televisión por cable²⁴.

No conforme con ello, Argentina crea una nueva ley que complementará la ley antes mencionada, esta nueva legislación es la ley n° 27.078 mejor conocida como la Ley Argentina Digital, que fue sancionada el diciembre 16 de 2014 y promulgada el diciembre 18 de 2014 que tiene por objetivo posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad, así como también tiene la finalidad de garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva Argentina, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo. También, se busca establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos

24 Ídem.

y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro²⁵.

En esta ley, se garantizará el desarrollo de las economías regionales, procurando el fortalecimiento de los actores locales existentes, tales como cooperativas, entidades sin fines de lucro y pymes, propendiendo a la generación de nuevos actores que en forma individual o colectiva garanticen la prestación de los Servicios de TIC – Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En ambas leyes, se manifiesta el principio de neutralidad, como ya se mencionó anteriormente, por este principio la información y los datos deben recibir igualdad de trato independiente de su contenido, dispositivo de acceso, de origen y de destino, garantizando así el libre acceso a cualquier tipo de información y esta información sea imparcial, siendo esto lo que la ley de medios y la ley digital argentina buscan, leyes que se complementan, en la búsqueda de la democratización de los medios de comunicación, esto se manifiesta en el resultado y éxito que estas leyes tuvieron en el país en fueron aplicadas, Argentina, se buscaba que todos puedan expresarse con libertad, producir, contar sus historias sin censuras de tipo abusivo y que fuese accesible para toda la población.

No es adecuado que la comunicación sea manejada sólo por un grupo reducido y clasificado de personas. A partir de la entrada en vigencia de estas leyes se permitió una nueva economía en las áreas relacionadas con las de medios de comunicación audiovisuales, debido a que ello genera más puestos de trabajo y contenidos locales. El resultado de esta ley se refleja en el aumento de nuevas casas televisivas y nuevas cableras, finalmente, con ello

25 ARGENTINA, Ley nº 27.078 de 18 de diciembre de 2014. Disponible en: <<http://goo.gl/l6jH9s>>. Acceso en: jun. 2015.

más de 100.000 puestos de trabajo según Martín Sabbatella, presidente de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual²⁶.

CONSIDERACIONES FINALES

El principio de neutralidad permite que las informaciones y los datos que pasan por la red, deben tener la misma velocidad y no pueden ser tratadas de maneras distintas, garantizando el libre acceso a cualquier tipo de información independiente de su origen. La importancia de la adopción del principio de la neutralidad está en el hecho de que los proveedores de Internet pueden utilizar la influencia de empresas o gobiernos para impedir el acceso de determinados contenidos o que cobren un precio más elevado por ellos, en función de intereses privados.

Así que, aunque se trate de materias distintas, en el caso brasileño de la Internet y Argentina de los medios radiales y televisivos, ambos representan rasgos significativos de fortalecimiento de las estructuras democráticas de estos países. Desde allí, Brasil y Argentina son actores de gran relevancia en Latinoamérica, por lo que podrían buscar expandir sus experiencias a los países vecinos, principalmente en el ámbito del Mercosur.

La consolidación de los regímenes democráticos, a partir del siglo xx, trajo grandes consecuencias a las redes de comunicación. Si en los gobiernos autoritarios el Estado mantenía el control monopólico de las comunicaciones, las democracias predicaban exactamente lo contrario. Es esencial para las democracias que los más diversos actores sociales sean representados, escuchados y respetados por su opinión, y eso es garantizado por el principio de la libertad de expresión. En el contexto latinoamericano, esa libertad y representatividad es todavía más importante, considerando que muchos países, no hace mucho, adoptaron la democracia como forma de gobierno y todavía están

²⁶ ARTETA, Carolina. Sabbatella: “Hay más de cien mil puestos de trabajo, directos e indirectos, frutos de la aplicación de ley”. Nov. 2013. Disponible en: <<http://goo.gl/7T4MH2>>. Acceso en: jun. 2015.

consolidando sus propias estructuras democráticas. Por eso, hay gran presión de la sociedad civil de los países latinoamericanos por una democratización de sus estructuras de comunicación, que son controladas por grandes empresas o por el propio gobierno. ❀❀

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

AFSCA. **Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual nº 26.522**. Disponible en: <<http://goo.gl/pSlfR2>>. Acceso en: jun. 2015.

ALTAMARK, Daniel. *Informática y Derecho*. Vol. 7. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 2001.

ARGENTINA. **Ley 26.522, de 10 de octubre de 2009**. Buenos Aires. Disponible en: <<http://goo.gl/MfKrgq>>. Acceso en: jun. 2015.

ARGENTINA. **Ley nº 22.285 de 15 de setiembre de 1980**. Disponible en: <<http://goo.gl/Lxhez3>>. Acceso en: jun. 2015.

_____. **Ley nº 26.522 de 10 de octubre de 2009**. Disponible en: <<http://goo.gl/hmCLNk>>. Acceso en: jun. 2015.

_____. **Ley nº 27.078 de 18 de diciembre de 2014**. Disponible en: <<http://goo.gl/16jH9s>>. Acceso en: jun. 2015.

ARTETA, Carolina. **Sabbatella: “Hay más de cien mil puestos de trabajo, directos e indirectos, frutos de la aplicación de ley”**. Nov. 2013. Disponible en: <<http://goo.gl/7T4MH2>>. Acceso en: jun. 2015.

BBC BRASIL. **Democracia, 30 anos: Lula defende reforma política e democratização da mídia para país avançar mais**. Disponible en: <<http://goo.gl/G05ViO>>. Acceso en: jun. 2015.

BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014**. Disponible en: <<http://goo.gl/WnmE98>>. Acceso en: mai. 2015.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Marco Civil da Internet**. 2014. Disponible en: <<http://goo.gl/wloEbv>>. Acceso en: jun. 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. A democratização dos meios de comunicação. **REVISTA USP**, São Paulo, n.48, p. 6-17, dez./fev. 2000-2001. Disponible en: <<http://goo.gl/1puQ2k>>. Acceso en: jun. 2015.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE derechos Humanos. ONU, 1948. Disponible en: <<http://goo.gl/Zj1gA>>. Acceso en: jun. 2015.

DIGITAL, Redação Olhar. **Cinco pontos essenciais para entender o Marco Civil da Internet**. Disponible en: <<http://goo.gl/tuyMwL>>. Acceso en: mai. 2015.

ESCOBAR, Juliana Janaina. **A Internet e a Democratização da Informação – proposta para um estudo de caso**. Disponible en: <<http://goo.gl/w136PA>>. Acceso en: jun. 2015.

FILISBINO, Riberti de Almeida. **A democracia nas Américas: a situação nos países do Mercosul**. Meridiano 47 vol. 12, n. 124, mar.-abr. 2011, p. 9 a 15. Disponível em: <<http://goo.gl/BsWdX2>>. Acesso em: jun. 2015.

FNDIC. **Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação**. Brasília. Disponível em: <<http://goo.gl/RPHRh0>>. Acesso em: jun. 2015.

FUNDACION VIA LIBRE. **Advierten sobre los alcances y problemas del proyecto de Ley Argentina Digital**. Dic. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/vaGvgO>>. Acesso em: jun. 2015.

GEDDES, Bárbara. O quê sabemos sobre democratização depois de vinte anos? **Revista Opinião Pública**, São Paulo, 2001, vol. 7, n° 2, pp. 221-252.

GOMES JUNIOR, Carlos Cesar *et al.* **Lei nº 12.965/11: o Marco Civil da Internet – análise crítica**. Disponível em: <<http://goo.gl/0nYNwv>>. Acesso em: jun. 2015.

INFOBAE. **El Gobierno creó un organismo para controlar las telecomunicaciones**. Abr. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/yxEseY>>. Acesso em: jun. 2015.

MCKENZIE, Robert. **Estudio comparativo de la regulación de los medios de comunicación en Francia, Estados Unidos, México y Ghana**. Disponível em: <<http://goo.gl/5ZHL5V>>. Acesso em: jun. 2015.

MARTA, Bruna *et al.* **Democratização dos Meios de Comunicação é tema de debate na Fumec**. Disponível em: <<http://goo.gl/fYTIQ0>>. Acesso em: jun. 2015.

MELO, Mariana. A democratização da mídia e quem a defende. **CARTA CAPITAL**, 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/5eihFL>>. Acesso em: jun. 2015.

MERCOSUR. **Protocolo de Montevideo sobre compromisso con la democracia en el MERCOSUR**. Montevideo, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/qf4rce>>. Acesso em: jun. 2015.

OBSERVATORIO SOCIAL. **Introducción a la Ley de Servicios Audiovisuales**. Nov 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/ALISK2>>. Acesso em: jun. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos principais da lei n ° 12.965, de 2014, O marco civil da internet: subsídios à comunidade jurídica**. Disponível em: <<http://goo.gl/LX3lr2>>. Acesso em: mai. 2015.

REVISTA FORUM. **Relator da ONU defende combate ao monopólio dos meios de comunicação**. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/kJfVQw>>. Acesso em: jun. 2015. s

VADE MECUM 2013. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A INTERNET E OS LIMITES DA COMPETÊNCIA INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIAIS E A SUPERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS TRADICIONAIS

Luíza Couto Chaves Brandão¹

Anna Flávia Moreira Silva²

Larissa Ferrassini Baldin³

INTRODUÇÃO

Embora o tema do conflito de jurisdição seja recorrente desde a formação dos Estados Nacionais na Idade Moderna⁴, atualmente as relações desenvolvidas no âmbito da Internet desafiam as soluções propostas pela comunidade internacional, na qual os Estados soberanos, as organizações internacionais, as empresas transnacionais e os próprios indivíduos se organizam⁵. As redes – indiscutivelmente globalizadas – não são universais no que tange ao tratamento jurídico das relações entre seus usuários, de diferentes nacionalidades, sendo insuficientes os mecanismos disponíveis para a solução de

1 Graduanda em Direito pela UFMG. Bolsista do CNPq. Membro dos grupos de estudo Grandes Autores do Direito e GNet (UFMG). Email: luizacbrandao@gmail.com.

2 Graduanda em Direito pela UFMG. Membro dos grupos de estudos Direito Internacional Humanitário, GEDI e GNet (UFMG). Email: moreira.annaflavia@gmail.com.

3 Graduanda em Direito pela UFMG. Email: larissa.baldin@ig.com.br.

4 Quando da formação dos Estados Nacionais, a partir do século XVII, foi consagrado o modelo westfaliano. Baseados na soberania, os Estados definiram as fronteiras de seus territórios e o ordenamento jurídico independente uns dos outros. O limite para esse modelo de Estado faz parte das discussões sobre o mundo globalizado, do qual a Internet é importante expoente.

5 Há divergência, na doutrina do Direito Internacional, quanto ao uso das expressões “comunidade” ou “sociedade” internacional. O primeiro termo designaria, além da atuação em plano internacional que caracteriza o segundo, um conjunto de valores reconhecido pelos sujeitos do Direito Internacional. A expressão “comunidade”, embora enfrente o desafio da harmonização entre vários *stakeholders*, é a utilizada no presente artigo com o objetivo de demonstrar que, apesar da diversidade, verifica-se um rol de interesses globais comuns, como a necessidade de definições quanto à governança da Internet e à defesa dos direitos humanos. Sobre essa discussão, Cf.: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

conflitos jurisdicionais. Nesse contexto, a matéria da jurisdição nas relações virtuais não encontra, na teia de interesses comuns que caracterizam a comunidade internacional contemporânea, o mesmo nível de maturidade ou de aderência dos diversos atores do Direito Internacional. Esse cenário demonstra que desafios contemporâneos resultantes da globalização e das novas tecnologias estão sendo tratados por soluções clássicas do direito interno e internacional. Isso suscita discussões acerca das soluções encontradas pelos juízes domésticos para os conflitos de competência nos litígios transnacionais na Internet.

O presente trabalho busca, dessa forma, analisar as propostas do Judiciário brasileiro para a solução de conflitos de competência das demandas de ordem transnacional. Serão apresentados casos em que a competência internacional figura como tema, questionando as possíveis respostas judiciais em face da ausência de políticas legislativas.

JURISDIÇÃO E INTERNET: DEFINIÇÕES E DESAFIOS

JURISDIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL: PRINCÍPIOS E ORIENTAÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO

Quando a subordinação – clássica na ordem interna e anterior à formação dos Estados *westfalianos* – deu lugar à coordenação na ordem internacional, o Direito Internacional Público foi demandado a disciplinar e a regulamentar os assuntos alheios à competência da jurisdição doméstica, os quais não se circunscreviam ao âmbito dos Estados. Nesse sentido, a jurisdição no plano internacional se tornou a representação do exercício e da delegação de soberania estatal, motivo pelo qual o consentimento ainda é o motor da sociedade internacional contemporânea, a fim de que o Direito Internacional não fique à mercê da vontade isolada dos Estados. Dessa forma, o regime de consentimento estatal é bastante claro na ordem jurídica externa quando se trata de jurisdição e competência e pode ser visualizado na hipótese em que um Estado

não se submete à jurisdição de um tribunal internacional e só se obriga à vontade de outros Estados quando a reconhece⁶.

Sendo assim, conforme elucidado pelo professor Amílcar de Castro, as regras determinadoras do poder-dever de julgar, pelos tribunais domésticos, apenas podem ser estabelecidas em função do Estado e somente em relação a ele. A jurisdição estaria baseada nos mesmos critérios de distribuição das lides entre os Estados, que, uma vez uniforme e universal, distinguiria quais causas cada Estado estaria apto a julgar⁷.

Dito isso, assumindo o termo jurisdição como a manifestação do poder estatal de decidir imperativamente e de impor decisões com o objetivo de promover a pacificação de conflitos, cabe ressaltar que, no Brasil, assim como em outros países de tradição *civil law*, a competência internacional é abstratamente definida em lei. Sobre essa discussão, Rezek destaca:

A generalidade da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. [...] Só ele pode, assim, tomar medidas restritivas contra pessoas, detentor que é do monopólio do uso legítimo da força pública. [...] Sobre seu território, o Estado exerce *jurisdição* – termo preferido da doutrina anglo-saxônica – o que vale dizer que detém uma série de *competências* – expressão mais ao gosto dos autores da escola francesa – para atuar com autoridade⁸.

Já em relação à diferenciação entre as denominações ‘jurisdição’ e ‘competência’, tem-se que a jurisdição decorre da soberania estatal para resolver litígios, enquanto a competência é uma parcela da jurisdição relativa aos juízes

⁶ Ibidem. p. 67.

⁷ CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro, 2005. p. 535.

⁸ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Saraiva, 2011. p. 194.

e tribunais. Assim, “a primeira, é resultado de atribuição; a segunda, de distribuição. Ela se traduz, portanto, na chamada ‘competência jurisdicional’”⁹.

Nesse sentido, Amílcar de Castro ressalta a inexistência de consenso quanto às definições das competências interna e internacional, nas situações em que o Estado exerce sua jurisdição para apreciar os litígios que lhe são submetidos. O professor nota que Código de Processo Civil brasileiro, por opção de técnica legislativa, trata da matéria das competências interna e internacional em dispositivos distintos¹⁰. Em suma, vale destacar que, embora a competência seja parte da jurisdição, como demonstrado anteriormente, a despeito das diferentes definições, os dois termos serão utilizados no presente capítulo indistintamente, no que diz respeito à atuação do Estado em litígios internacionais.

O tema da jurisdição tangencia tanto o direito internacional público quanto o privado. Isso porque a jurisdição pode ser compreendida como exercício da soberania, que é elemento constitutivo do Estado, e, portanto, tangencia o Direito Internacional Público¹¹. Ao mesmo tempo, no entanto, os litígios privados, travados entre partes conectadas a diferentes jurisdições – algo cada vez mais frequente no mundo globalizado, em que relações pessoais, comerciais, contratuais, entre outras, superam limites territoriais – despertam o tema da escolha da lei aplicável e do conflito de jurisdições, matérias do Direito Internacional Privado¹².

9 POLIDO, Fabricio B.P. **Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado**. Curitiba, 2013. p. 29.

10 CASTRO, Amílcar de. Op.cit., p. 535. Sobre o Código de Processo Civil, é válido destacar que, no de 1973, a competência internacional está disciplinada nos artigos 88 a 90 e a interna do artigo 91 ao 124. Já no CPC de 2015, a competência internacional encontra-se entre os artigos 21 a 25 e a interna do 42 ao 66.

11 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência: exposição didática, área do direito processual civil**. Saraiva, 2010. p. 03.

12 Jacob Dolinger esclarece que, entre as várias concepções sobre o objeto do direito internacional privado, a mais ampla é a francesa que divide a disciplina em quatro matérias: nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, conflito de leis e conflito de jurisdições. Veja-se: DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 8.edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p. 1.

O problema da lei aplicável é precedido pela determinação da jurisdição internacional e da competência dos tribunais de um país para resolverem a lide. Casos vinculados a diferentes Estados, também conhecidos como pluriconectados, ainda que de Direito Privado, demandam que um Estado, no âmbito do Direito Internacional Público, exerça seu atributo de soberania, manifesto no poder jurisdicional. Assim, os elementos de estraneidade presentes em um caso envolvem não só a escolha da lei aplicável, mas, antes, a definição da jurisdição e da Justiça internacionalmente competente¹³.

Essa interface entre Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado revela-se destacada nos casos transnacionais envolvendo a Internet, em relação aos quais urge a necessidade de harmonização dos sistemas jurídicos em nível local, regional e global. Essa conciliação exige diálogo entre o Direito Internacional Público e o Privado, a fim de superar as diversidades e eleger soluções para a definição da jurisdição do ciberespaço¹⁴. No mesmo sentido, verifica-se que a integração entre as duas vertentes do Direito Internacional é necessária à distribuição das lides entre os Estados, à definição do poder jurisdicional de um sobre o outro, à evolução do Direito Processual Internacional e à superação da dicotomia entre público e privado¹⁵.

REGRAS DE CONEXÃO E OS DESAFIOS DOS CASOS ENVOLVENDO A INTERNET.

As regras de conexão são definidas por Jacob Dolinger como “a ligação, o contato, entre uma situação da vida e a norma que vai regê-la”¹⁶. O elemento de conexão, assim, revela a sede jurídica de determinado caso e define a aplicação do direito vigente nesse local. Reflete, dessa maneira, a intersecção

¹³ POLIDO, Fabricio B.P. Op.cit., p. 25.

¹⁴ SCHULTZ, Thomas. Carving up the Internet: jurisdiction, legal orders, and the private/public international law interface. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 799-839, 2008. p. 839.

¹⁵ CASTRO, Amílcar de. Op. cit., p. 535.

¹⁶ DOLINGER, Jacob. Op. cit, p. 292.

entre a definição da competência de um Estado para solucionar a lide e a lei a ela aplicável:

Não há juiz que busque a aplicação de direito material estrangeiro, indicado pelas normas de conflito, sem que ele se questione igualmente, sobre a competência dos tribunais estatais para apreciar o litígio com conexão internacional¹⁷.

Os elementos de conexão geram discussão não só acerca da lei aplicável, mas, antes, quanto à jurisdição internacional, no que diz respeito a casos pluriconectados¹⁸, quer dizer, com *conexão* em outras jurisdições. Conforme a lição de Dolinger, a classificação dos elementos de conexão considera, em relação ao caso específico, o sujeito, o objeto e ato jurídico. A partir desses critérios, foram, ao longo do tempo, criadas certas regras de conexão, como a *lex patriae*, que se refere à nacionalidade da pessoa física, ou a *lex loci actus*, relativa ao local de realização do ato jurídico, *lex dami*, que diz respeito ao local onde os efeitos do ato ilícito foram sentidos ou *lex fori*, sobre a lei do foro no qual se trava a demanda judicial¹⁹.

Em relação à localização da sede jurídica e à determinação do direito vigente aplicável, evidencia-se a defasagem dos princípios de definição da jurisdição em face das necessidades do Estado em sua forma contemporânea. Quando se trata de regras que dão indício da aplicação do direito às situações jurídicas ligadas a mais de um sistema legal, decorrentes do ambiente transfronteiriço da Internet, há limitação da jurisdição nacional no que diz respeito à resolução de litígios cibernéticos. É importante, entretanto, destacar que essa insuficiência não significa afirmar que esses princípios clássicos não devam, em nenhuma circunstância, ser aplicados aos casos que suscitem dúvidas quanto à jurisdição por envolverem sujeitos atuantes na Rede.

¹⁷ POLIDO, Fabrício B.P. Op. cit., p. 26.

¹⁸ Ibidem, p. 25.

¹⁹ Além dessas, Dolinger lista outras regras de conexão. Ver em: DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**, cit, p. 294-295.

A Internet impõe um problema para as regras de conexão porque elas são baseadas, sobretudo, na territorialidade, de modo que cada Estado regula aquilo que acontece em seu território, limitando o exercício de sua jurisdição a um determinado espaço geográfico. “No entanto, a atividade *online* não é restrita apenas a um único território. *Prima facie*, um site pode ser acessado em todos os lugares.”²⁰ A partir desse raciocínio, passaremos a analisar as respostas fornecidas pelos tribunais brasileiros aos litígios sobre jurisdição da Internet.

PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIAIS NO BRASIL

A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

A Internet, desde sua criação, desafia não só os limites da competência jurisdicional dos Estados, mas também todo o sistema jurídico, cujas normas e procedimentos revelam-se eminentemente anacrônicos. O Direito, sobretudo o positivado, petrificado em leis e códigos, não acompanha as demandas de um mundo globalizado e menos ainda daquelas decorrentes das relações travadas por meio da Internet. Nesse contexto, os casos transnacionais envolvendo a Internet alcançam os Tribunais, revelando, assim, sua tarefa de atualizar o Direito e fornecer respostas às lides. Nesse sentido, se faz pertinente a metáfora de Uta Kohl:

O ponto central é que o direito é como um Koala, um animal letárgico, movendo-se em ritmo sonolento mesmo quando o mundo corre do passado, e não sem uma boa razão. Os recentes casos de jurisdição da

²⁰ Ibidem, p. 04. Tradução livre de: “Yet online activity is not by default located in a single territory. *Prima facie*, a website can be accessed everywhere.”

Internet servem especialmente como exemplo para mostrar o tipo de fatores e restrições que alimentam, e devem alimentar, uma argumentação jurídica *per se*²¹.

Reconhecendo a importância dos precedentes para um tema como o da jurisdição da Internet, que ainda carece de definições legislativas, buscaremos apresentar casos, encontrados na Justiça brasileira, que ilustram a argumentação jurídica a esse respeito no país. Desse modo, ressaltaremos os posicionamentos e as construções lógicas oferecidas pelos Tribunais como soluções para a definição da competência brasileira em casos envolvendo a Internet.

ANÁLISE DE CASOS: INTERNET E DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA BRASILEIRA

A pesquisa jurisprudencial revela algumas decisões que tratam do tema da jurisdição em casos envolvendo a Internet. Antes de analisá-los, contudo, é válida a reflexão de Jacob Dolinger quanto à escassa produção jurisprudencial no Brasil, que costuma se limitar à execução de sentenças e matérias de direito processual²² e raramente enfrenta as questões materiais ou aplica o direito estrangeiro.

Nesse contexto, identificamos que o Recurso Especial 1168547-RJ do STJ tornou-se referência entre as decisões que discutem conflitos transnacionais

21 KOHL, Uta. **Jurisdiction and the Internet: Regulatory competence over online activity**. Cambridge University Press, 2007. p. 35. Tradução livre de: “The main point is that law is like Koala, a lethargic animal, moving at a sleepy pace even when the world rushes past, and not without good reason. The early jurisdiction Internet cases especially serve as a good example to show the type of factors and constraints which feed, and must feed, into legal argumentation *per se*.”

22 DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 68.

envolvendo a Internet e a questão da competência internacional²³. O Recurso refere-se à ação de uma brasileira contra empresa espanhola e permite identificar nova argumentação para a adaptação do Direito pátrio à realidade do século XXI.

No precedente, na ação impetrada na Justiça brasileira, a autora demandava indenização por danos morais e materiais contra a empresa estrangeira, após constatar que sua imagem era por esta mantida na Internet, como forma de publicidade. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a ação, buscou definir elementos para o exercício da jurisdição do Estado e para resolução de conflitos relativos à Internet.

Os elementos apontados pelo STJ decorrem da organização do Estado Moderno e se fixam pelos Princípios da Inevitabilidade, da Indelegabilidade, da Unicidade, da Inafastabilidade, da Investidura, da Inércia e da Aderência. Esse último se refere à correlação da lide com um território; mitigado, contudo, pelas hipóteses de competência concorrente com outros Estados. Por razões de viabilidade e impossibilidade de afastamento da jurisdição, temos que o Poder Judiciário não pode se abster de solucionar conflitos ou de exercer o poder jurisdicional do Estado. A argumentação desenvolvida no Tribunal evidencia a fragmentação de fronteiras territoriais, fenômeno causado pela ampliação do alcance da comunicação humana, da qual a Internet é protagonista. Além disso, a evolução da informática transformou outros conceitos, como o

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 1168547/RJ 007/0252908-3, julgado em 11 de maio de 2010, publicado em 07/02/2010. Esse recurso foi utilizado como precedente nas seguintes decisões: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1167190-SP 2009/0051756-7, julgado em 16 de agosto de 2012, publicado em 21/08/2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Luis Roberto Imperatore de Assis Brasil, Agravo de Instrumento nº 70045975570/RS, julgado em 25 de janeiro de 2012, publicado em 27/01/2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, Décima Câmara Cível, Relator Desembargador Luiz Lopes, Ação Civil de Improbidade Administrativa nº11650981/PR 1165098-1, julgado em 03 de julho de 2014; e BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador César Luiz de Almeida, Agravo de Instrumento nº 221212507820148260000 SP 2121250-78.2014.8.26.0000, julgado em 13 de novembro de 2014, publicado em 13/11/2014.

da privacidade. A instantaneidade e a possibilidade de exposição foram agravadas de tal forma que são necessárias novas interpretações para o cenário atual e a aplicação de princípios compatíveis com o impacto percebido pelas relações jurídico-sociais.

No que tange à definição da competência brasileira para solucionar a lide, o STJ salientou que o Brasil é o domicílio da autora da ação. A decisão inovou, contudo, ao considerar o fato ilícito ocorrido no Brasil, apesar de as imagens terem sido divulgadas e mantidas em site de empresa espanhola, no âmbito de suas atividades naquele país. Ainda assim, conforme o Ministro Relator, como o acesso ao sítio eletrônico também é possível no território brasileiro, considera-se a lesão praticada no Brasil. Dessa maneira, a fim de definir a competência da Justiça brasileira, foi aplicado o critério de conexão territorial, considerado o ato ilícito praticado no Brasil, uma vez possível o acesso às imagens indevidamente divulgadas, ainda que por publicação proveniente da Espanha. Reconheceu-se, desse modo, os efeitos extraterritoriais da Internet, além do fato de que os danos podem ser sentidos — assim como o acesso aos sítios eletrônicos — em nível global.

Foi também encontrado precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁴ que trata do debate acerca da competência da autoridade judiciária para o julgamento de fatos ou atos ocorridos fora do Brasil. À parte ré — empresa estrangeira sem sede nem filial em território brasileiro — foi demandada a obrigação de prestar informações relativas aos usuários que comentaram a página dedicada ao autor da ação. O juízo de primeiro grau considerou-se competente para o julgamento da causa, mas indeferiu a extensão da prestação de informações a um novo comentarista da mesma página e mesmo site, por considerar que os atos não ocorreram no Brasil. O Tribunal, por sua vez, não encontrou provas de que os comentários tivessem sido proferidos no

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador César Luiz de Almeida, Agravo de Instrumento nº 221212507820148260000 SP 2121250-78.2014.8.26.0000, julgado em 13 de novembro de 2014, publicado em 13/11/2014.

estrangeiro e, por isso, manteve a competência brasileira para autorizar a obtenção das informações relativas à autoria dos comentários.

Outro aspecto ressaltado no Agravo foi que a página se destina ao público brasileiro. Mesmo que a ré Wikipedia seja norte americana e não tenha filial em território brasileiro, foi considerado que a página por ela mantida, dada a possibilidade de acesso pela Internet, também estava disponível no Brasil, e os comentários afetavam, aqui, a imagem do autor. Desse modo, atraiu-se a competência da Justiça brasileira para determinar o fornecimento pela Wikipédia dos dados de seus usuários, a fim de localizá-los e demandá-los quanto aos comentários da Internet contra brasileiro que ajuizou a demanda em tribunal doméstico. Assim como o STJ, o Tribunal do Estado de São Paulo considerou ocorridos no Brasil os atos constantes na Internet, ressaltando que aqui foram sentidos seus efeitos.

É preciso, ainda, ressaltar que não há um desenvolvimento linear das decisões envolvendo a Internet e a transnacionalidade. A atuação jurisprudencial representa uma tentativa de suprir a ausência de disposições normativas a respeito da Internet e de sua jurisdição. Ao enfrentar essa questão, uma vez acionado pelas partes, o Judiciário não pode ficar inerte; devendo, ao contrário, buscar soluções para o litígio. As análises anteriormente propostas demonstram parâmetros estabelecidos pelos Tribunais para a fixação de competência em hipóteses nas quais, devido à Internet, os casos ultrapassam as fronteiras nacionais. Na primeira decisão, do STJ, os parâmetros para a definição da jurisdição brasileira foram o domicílio da autora e o local de acesso, via Internet, ao material referente à lesão sofrida. Apesar de as fotos que originaram a demanda terem sido postadas na Espanha, a possibilidade de acessá-las no Brasil justificou a aplicação da regra de competência concorrente da Justiça pátria, considerado o ato aqui praticado. Já no precedente do TJSP, a competência brasileira foi fixada pela compreensão de que a página no ciberespaço visava público preferencialmente brasileiro. Ademais, foi destacada a inafastabilidade do Judiciário nacional após a proposição de lides.

As decisões ora apresentadas buscaram, a seu modo, definir questões sobre a prestação jurisdicional do Brasil a casos transnacionais relacionados à Internet. A questão, no entanto, ainda carece de discussão no Judiciário brasileiro. Verifica-se que, ao encontrar elemento de internacionalidade em casos relacionados à Internet, os tribunais não discutem se a jurisdição será exercida pelo Brasil ou por outro Estado, mas já os destinam à Justiça Federal²⁵. Aqui, ressalta-se a posição da doutrina, segundo a qual, em primeiro lugar, nos casos transnacionais, o juiz deve analisar os limites da jurisdição para, só então, definir a competência interna²⁶.

Por fim, cumpre destacar a advertência de Uta Kohl sobre a importância de se observar a executabilidade das decisões sobre litígios transnacionais relativos à Internet. Isso porque, embora os tribunais possam firmar a jurisdição de um país sobre determinado caso, em hipótese alguma poderão fazer cumprir seus julgamentos no exterior²⁷. Assim, o respeito à soberania de outros Estados, bem como à efetividade das decisões, devem orientar o Judiciário, o qual também deve estar atento à interdisciplinaridade de casos relacionados à Internet, e não pode ignorar, por exemplo, a operacionalidade das redes e as possibilidades técnicas que envolvem o cumprimento das ordens judiciais²⁸.

As decisões dos tribunais brasileiros denunciam a insuficiência dos mecanismos disponíveis de definição da competência internacional, da qual decorre a

25 Nesse sentido, ver a decisão: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho, Recurso em sentido estrito nº 1731/CE, julgado em 14 de maio de 2013.

26 Assim se manifestam ARAUJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 233; e MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. In: **Revista de processo**, n. 50, 1988, p. 53.

27 KOHL, Uta. Op. cit., p. 26.

28 A esse respeito, conferir BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 5ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Nogueira Diefenthaler, Agravo de Instrumento nº 21427804120148260000/SP, julgado em 16 de dezembro de 2014, publicado em 16/12/2014. Nesse caso, a parte, em recurso, alega impossibilidade de cumprir decisão judicial, que dependeria de sede situada fora do território brasileiro, em que, portanto, exigir-se-ia observância às leis estrangeiras. O argumento não foi acolhido pelo Tribunal.

criação, pelos próprios juízes, de outros critérios relativos à matéria. Revela-se, assim, a necessidade de desenvolvimento de novos instrumentos legislativos nos âmbitos doméstico, regional e global que definam o direito aplicável e o juízo competente aos casos envolvendo a Internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a finalidade de definir a competência para apreciar os litígios ocorridos no espaço transfronteiriço de informação e conhecimento, no contexto de preponderância das relações transnacionais resultantes da globalização, é importante reconhecer a Internet como ambiente que propicia contato entre diferentes territórios, ordenamentos jurídicos e culturas. Nesse contexto, princípios tradicionais de conexão, baseados na soberania e especialmente na territorialidade, denunciam que, “em nossos dias, o modelo westfaliano do ordenamento internacional afigura-se esgotado e falido”²⁹.

A falta de instrumentos normativos e de parâmetros coerentes com a realidade do mundo globalizado e pluriconectado revela também o importante papel do Judiciário, diante da inércia legislativa, para a superação dos critérios tradicionais quanto aos limites da competência internacional. Desse modo, apesar das inúmeras críticas cabíveis ao Judiciário brasileiro, foram encontradas tentativas, no âmbito doméstico, de sedimentação de critérios para a conexão de casos transnacionais sobre a Internet e a jurisdição nacional. Destaca-se, nesse sentido, especialmente o entendimento de que, uma vez acessível no país o conteúdo ilícito, o Brasil tem competência para tratar da demanda.

A necessidade de superar os princípios clássicos de jurisdição e as regras tradicionais de conexão revelou, a partir da pesquisa realizada, a tarefa do Judiciário de adequar o Direito às transformações impostas pelo acesso espaço transnacional da Internet, que desafia os limites da competência

29 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.p. 111. Ver nota n. 205.

jurisdicional dos Estados. Entretanto, uma vez que o Judiciário não é constituído por tribunais capazes de resolver todas as demandas nem tem o condão de positivizar normas, é premente a necessidade de um esforço legislativo nos níveis doméstico, regional e global no sentido de estabelecer uma governança da Internet e de definir a atuação dos Estados nesse âmbito. Ressalta-se ainda que, em consonância com o Humanismo Jurídico, o indivíduo deve ocupar posição central no sistema de definição da jurisdição da Internet, a fim de que não lhe seja negada a prestação estatal, o que significaria desrespeito ao princípio de não denegação de justiça.

Por fim, reconhecemos que as demandas são inúmeras e diversas as possibilidades. Todas convergem, contudo, para a indispensabilidade do diálogo entre os *stakeholders* no plano da Internet e coerência entre as políticas legislativas de governança das redes. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BERMAN, Paul Schiff. The globalization of jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, p. 311-545, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência: exposição didática, área do direito processual civil**. Saraiva, 2010.
- CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6.ed. Rio de Janeiro, 2005.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 8ªedição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FARRELL, Henry. The consequences of the internet for politics. **Annual Review of Political Science**, v. 15, p. 35-52, 2012.
- GEIST, Michael A. Is There a There There-Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. **Berk. Tech. LJ**, v. 16, p. 1345, 2001.
- KOHL, Uta. **Jurisdiction and the Internet: Regulatory competence over online activity**. Cambridge University Press, 2007.
- KUNER, Christopher. Data protection law and international jurisdiction on the Internet (part 1). **International Journal of Law and Information Technology**, p. eaq002, 2010.
- LAND, Molly. Protecting rights online. **Yale Journal of International Law**, **Forthcoming**, 2008.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. In: **Revista de processo**, n. 50, 1988.
- NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste, 2003.
- POLIDO, Fabrício B.P. **Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013
- REIDENBERG, Joel R. Technology and Internet jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, p. 1951-1974, 2005.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHULTZ, Thomas. Carving up the Internet: jurisdiction, legal orders, and the private/public international law interface. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 4, p. 799-839, 2008.
- STEIN, Allan R. Frontiers of Jurisdiction: From Isolation to Connectedness. **U. Chi. Legal F.**, p. 373, 2001.
- SWIRE, Peter P. Of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the Internet. **The International Lawyer**, p. 991-1025, 1998.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.

WANG, Faye Fangfei. **Internet jurisdiction and choice of law: legal practices in the EU, US and China**. Cambridge University Press, 2010.

WILSKE, Stephan; SCHILLER, Teresa. International Jurisdiction in Cyberspace: Which states may regulate the Internet. **Fed. Comm. LJ**, v. 50, p. 117, 1997.

ZEMBEK, Richard S. Jurisdiction and the Internet: Fundamental Fairness in the Networked World of Cyberspace. **Alb. LJ Sci. & Tech.**, v. 6, p. 339, 1996.

Documentos e casos

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 09/05/2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09/05/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 1168547/RJ 007/0252908-3, julgado em 11 de maio de 2010, publicado em 07/02/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1167190-SP 2009/0051756-7, julgado em 16 de agosto de 2012, publicado em 21/08/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná, Décima Câmara Cível, Relator Desembargador Luiz Lopes, Ação Civil de Improbidade Administrativa nº11650981/PR 1165098-1, julgado em 03 de julho de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Luis Roberto Imperatore de Assis Brasil, Agravo de Instrumento nº 70045975570/RS, julgado em 25 de janeiro de 2012, publicado em 27/01/2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador César Luiz de Almeida, Agravo de Instrumento nº 221212507820148260000 SP 2121250-78.2014.8.26.0000, julgado em 13 de novembro de 2014, publicado em 13/11/2014.

ETHEREUM E BLOCKCHAIN: DESAFIOS JURÍDICOS DAS PLATAFORMAS DESCENTRALIZADAS

Luís Fernando Israel Assunção¹

Pedro Vilela Resende Gonçalves²

*“The world is different now. The old rules no longer apply”
—Adam Jensen, ‘Deus Ex’.*

INTRODUÇÃO

A Internet, devido à sua própria natureza descentralizada, sempre nos fez questionar a maneira com a qual nos relacionamos com os outros. A ideia de proximidade física moldou, ao longo da história, as relações humanas e consequentemente também foi responsável por grande parte de nossa noção de justiça e de Direito. No entanto, as inúmeras e crescentes possibilidades propiciadas pela Internet têm desafiado os modelos jurídicos como os conhecemos de muitas maneiras.

As redes descentralizadas, nas quais não só a transmissão de dados mas também seu armazenamento não dependem de apenas um núcleo, mas sim de vários usuários ao redor do globo, têm realizado um forte papel ao questionar ainda mais os horizontes jurídicos. A princípio com o compartilhamento de arquivos e depois com as criptomoedas, as possibilidades tecnológicas desse modelo de rede são cada vez mais evidentes, ao passo que as estruturas já consolidadas do Direito as contemplam cada vez menos.

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais desde 2013. Tem interesse nas áreas de Filosofia do Direito, Neuroética e Direito da Internet.

2 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais desde 2012. Pesquisa e tem interesse nas áreas de Direito da Internet, Direito Internacional, Direito da Propriedade Intelectual e Arbitragem Comercial Internacional.

Entre as mencionadas possibilidades, uma delas destaca-se entre as demais justamente por possibilitar uma gama incomensurável de aplicações: a plataforma Ethereum. Este capítulo tem como objetivos o desenvolvimento de um histórico compreensível sobre a tecnologia; o entendimento de suas funções e suas respectivas possibilidades; e, por fim, a identificação dos desafios jurídicos cirados pela tecnologia, seguida de ponderações acerca das possíveis soluções para essas questões.

Acreditamos na importância do estudo das novas tecnologias não para controlá-las, mas para compreendê-las de maneira que suas vantagens e riscos possam ser tratados de forma acessível para todos. A inevitabilidade da disseminação de novas possibilidades e as suas constantes mutações na Internet fazem com que tentativas ambiciosas de controle sejam em vão. Dito isto, procuramos entender o que é a Ethereum, como ela funciona e quais mudanças no horizonte tanto tecnológico quanto jurídico essa tecnologia (ou futuras similares) nos trará, de maneira que todos possam compreendê-las e, consequentemente, lidar com o processo de transição para um mundo no qual a descentralização será lugar-comum.

HISTÓRICO

Nos primeiros anos da Internet, na década de 90, uma corrente libertária surgiu em meio às discussões sobre governança do cyberspaço para falar em favor de sua natureza descentralizada, livre e sem fronteiras. Resumida pela Declaração da Independência do Cyberspaço de John Perry Barlow³, ativista de direitos digitais e co-fundador da Electronic Frontier Foundation, a corrente libertária via na Internet uma promessa de sociedade que nunca seria

3 “Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.” BARLOW, John Perry. “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, 1996. Disponível em <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>>

permitida no mundo real: de liberdade sem anarquia, controle sem governo e de consenso sem poder.

A corrente libertária de Perry Barlow obteve grande adesão de início, mas não tardou para ser considerada ingênua e utópica por estudiosos mais pragmáticos que optaram pela mais arrazoada teoria constitucionalista de Lawrence Lessig. Lessig afirmava que, ao contrário do que se poderia imaginar de início, o cyberspaço e a Internet eram, na verdade, altamente reguláveis por meio da combinação de duas camadas normativas: A da legislação humana e a do código. Através de novas leis e da manipulação da própria arquitetura técnica da rede (de seus códigos de programação), seria possível uma regulação maior até que a vivida no mundo real⁴. Lessig tornou-se, a partir de então, uma referência central em questão de governança da Internet, e sua obra *Code*, um marco para o Direito e Governança da Internet. As ideias libertárias de Perry Barlow, todavia, continuaram permeando o imaginário dos usuários mais idealistas: tanto na forma de uma constante utopia a ser almejada quanto como uma reação à natureza cada vez mais controlada da rede, tal qual prevista por Lessig em seus trabalhos. Por meio de uma responsabilização direta dos intermediários, o Estado foi capaz de efetivamente criar normas para o cyberspaço (embora com uma eficácia relativamente menor que as mesmas normas para o mundo real) e o setor privado, ao lançar seus produtos, fez uso de regulação através do código para criar sua própria arquitetura normativa.

REDES DESCENTRALIZADAS, NAPSTER E BITTORRENT

Em 1999, o surgimento do software de compartilhamento de música Napster revitalizou o ideal libertário de rede: o que fora um exercício intelectual utópico tornou-se uma possibilidade mais próxima ao nascer de um novo milênio. O epicentro dessa mudança consistiu na substituição das estruturas de rede *Client/Server*, nas quais o usuário depende de um servidor centralizado, por uma estrutura *Peer-to-Peer* (Ou P2P), onde as interações acontecem

4 LESSIG, Lawrence, *CODE version 2.0*, 1a. ed. New York: Basic Books, 2006. p.6

diretamente entre usuários. No primeiro modelo, os dados existem em um servidor central e, quando requisitados por um usuário, são transferidos para este. A rede P2P, entretanto, independe dessa centralização, pois os dados são arquivados e transferidos entre as partes autônomas⁵.

A existência do P2P precede o Napster. Os méritos do programa foram a simplificação e a conseqüente disseminação do modelo de compartilhamento em questão, o que facilitou a incorporação de novas tecnologias descentralizadas ao espectro do usuário comum. O BitTorrent, por exemplo, é um protocolo de compartilhamento P2P originalmente disponibilizado em 2001 no qual o usuário cria um arquivo de extensão *.torrent* contendo dados que são enviados por este primeiro usuário (um *seeder*) e baixados por terceiros (*leechers*), que subsequentemente tornam-se *seeders* e colaboram no envio do arquivo às demais partes requerentes da transferência, sem qualquer servidor central onde estejam hospedados os arquivos compartilhados, e com a possibilidade de cada usuário contribuir com apenas uma fração de dados que, individualmente, não significariam nada.

Técnica e juridicamente, a diferença crucial entre o Napster e o BitTorrent consiste no fato de que o primeiro, apesar de ter sido uma rede P2P, contava com uma plataforma centralizada: um banco de dados dos usuários conectados e de suas respectivas relações de tráfego com seus respectivos arquivos. Essa interface, apesar de responsável pela facilidade no uso e subseqüente popularização do Napster, foi também o que permitiu que a indústria da música americana impetrasse uma ação judicial contra o software. O caso, ocorrido em 2001, ficou conhecido como *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* e foi responsável pelo fim do programa, sob a alegação de que o Napster se envolvia em, ou facilitava, a cópia, o download, o upload, a transmissão e a distribuição de material cujos direitos autorais pertenciam aos autores do processo⁶.

5 SCHOLLMEIER, R. **A definition of peer-to-peer networking for the classification of peer-to-peer architectures and applications.** Proceedings First International Conference on Peer-to-Peer Computing, 2001. p. 2-3

6 **A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.,** 114. *Communication*, 1004, 2001. p. 1-7.

O BitTorrent, por outro lado, dispensa a ideia de uma plataforma central, cuja função é executada por sites independentes chamados *trackers*. O âmbito internacional da hospedagem desses sites limita o escopo das potenciais ações judiciais contra eles. A título de exemplo, o *The Pirate Bay*, um dos maiores *trackers* em atividade, coleciona um histórico de ações das quais foi alvo e saiu ileso, com sua ideologia contrária aos direitos autorais constantemente reforçada⁷. Embora possam ser derrubados, os sites de *trackers* não afetam diretamente o compartilhamento em si, pois são apenas uma forma de ajudar os usuários a encontrarem os protocolos de P2P *.torrent* que serão usados para o compartilhamento.

BITCOIN

As tecnologias Peer-To-Peer, como o Bittorrent, abriram espaço para um avanço na descentralização de aplicações na Internet. O final da década de 2000 presenciou o surgimento da primeira moeda virtual distribuída e descentralizada: a bitcoin. Criada em 2009 por Satoshi Nakamoto, um indivíduo ou grupo de indivíduos cuja verdadeira identidade é desconhecida e sujeita a muita especulação⁸, a bitcoin inovou ao eliminar a necessidade de um intermediário para validar e manter um registro confiável das transações, requisito até então imprescindível para o funcionamento de qualquer moeda virtual, e inaugurou, assim, o conceito de criptomoeda.

Uma criptomoeda é um sistema que faz uso de criptografia para permitir a transferência e/ou troca segura de *tokens* digitais de uma forma distribuída e

7 ANDERSON, J. *For the Good of the Net: The Pirate Bay as a Strategic Sovereign*. Culture Machine, 10, 2009.

8 O site oficial da P2P Foundation descreve Nakamoto como um homem japonês de 37 anos. Entretanto, Satoshi nunca foi visto pessoalmente, não possui qualquer outro registro acadêmico em seu nome e surgiu subitamente em uma lista de e-mails sobre criptografia no mesmo ano em que lançou a bitcoin. Sua identidade, portanto, nunca foi confirmada, e seu inglês perfeito e carregado de expressões idiomáticas levam especuladores a crer que o nome seja apenas um pseudônimo para um indivíduo ou um grupo de indivíduos de origem provavelmente anglófona.

descentralizada⁹. No núcleo da bitcoin, assim como das demais criptomoe-
das, está a *blockchain*, uma espécie de livro-razão virtual e público distribuí-
do entre todos os nós da rede que registra e verifica de forma criptogra-
fada todas as transações efetuadas. Qualquer um com um computador pode
se tornar um nó, embora os benefícios concedidos aos nós sejam
maiores quanto maior o poder de processamento. Esses nós, chamados
também de “mineradores”, utilizam seu poder de processamento para resol-
ver enigmas criptográficos necessários para garantir a consistência da *block-
chain* e a legitimidade das transações (evitando pagamentos duplos ou falsos,
por exemplo) e, em troca, são recompensados com mais bitcoins (distribuí-
das pelo protocolo ou vindas de custos de transação)¹⁰. Existem dois tipos de
nós: os integrais e os parciais. Os primeiros contêm cópias completas da
blockchain e são responsáveis por afirmar o consenso, enquanto os segundos
ajudam a processar as transações e apoiam os nós integrais, embora não
necessariamente tenham uma cópia completa da *blockchain* consigo. Embora
públicas, as identidades do pagador e do sacado envolvidos em cada transa-
ção são anônimas, protegidas por criptografia e pela forma como as transa-
ções são exibidas na *blockchain*: um conjunto de números e letras que mesmo
não criptografado só seria reconhecível pelo possuidor da carteira em especí-
fico e, mesmo assim, com certa dificuldade¹¹.

O valor de cada bitcoin é puramente atribuído por acordo entre os indivíduos
envolvidos na transação, de forma semelhante a uma compra e venda de qual-
quer bem físico ou não-físico, por exemplo, ou mediado por uma bolsa de

9 DOURADO, Eli; BRITO, Jerry, Cryptocurrency, **The New Palgrave Dictionary of Economics**. Online Edition, 2014. p. 9

10 BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea, **Bitcoin: A Primer for Policymakers**, George Madison University, 2013. p. 7

11 A título de exemplo, uma transação poderia ser lida por qualquer um, mas estaria exposta em meio a milhões de outras transações e grafada da seguinte forma: “19pND8VJjxLztaP2cUeV9y9pcE5tJVS9349 → 1NUJua8zmMocP8ZTY65TKPQhFpejC5fScn 0.89622164 BTC”, significando que a primeira carteira transferiu em torno de 0.89 bitcoins para a segunda, ambas identificadas apenas pelo conjunto de números e nomes acima citados. Carteiras novas podem ser criadas instantaneamente e sem custos, adicionando, assim, mais camadas de anonimato.

valores que troca moeda nacional por bitcoins de forma mais centralizada em uma espécie de instituição financeira.

As transações de bitcoin podem ser feitas com custo extremamente baixo, usando apenas a Internet. Desta forma, grandes quantidades de valor podem ser transferidas por meio de bitcoins por todo o globo de forma anônima e sem controle estatal ou sem a necessidade de um intermediário de confiança. O ganho de popularidade da bitcoin, portanto, trouxe consigo uma série de desafios regulatórios, tanto no campo jurídico quanto econômico, junto com uma série de benefícios já existentes e potenciais.

Entre os desafios está a questão do anonimato ou pseudônimo: dada a dificuldade em se identificar os usuários e as transações, bitcoins podem ser usadas para obscurecer a origem e o destino de valores envolvidos em transações ilícitas, como compras e vendas no mercado negro e tráfico de drogas, ou mesmo para fraude e lavagem de dinheiro, com muita pouca possibilidade de atuação punitiva do Estado¹². Além disto, criptomoedas podem ser consideradas uma ameaça à própria soberania nacional por escaparem a diversas políticas estatais de controle econômico e financeiro, como taxaço, emissão de moeda e controle de inflação¹³.

Os benefícios listados para o uso da bitcoin também são vários. Entre eles está o já citado baixo custo de transação, que beneficia pequenas empresas e transferências globais, potencialmente elevando a eficiência de sistemas financeiros regulados ou não. Também frequentemente citado é o potencial das criptomoedas para combater a pobreza mundial, ao facilitar o acesso ao capital e a microcrédito em escala global, também em razão de seus baixos custos de transação. Criptomoedas podem ser úteis para elevar a privacidade financeira de indivíduos em uma época de cada vez maior vigilância Estatal e privada, não só em democracias plenas mas também em ditaduras ou em Estados

¹² DE FILIPPI, Primavera, Bitcoin: a regulatory nightmare to a libertarian dream, **Journal on internet regulation**, v. 3, n. 2, p. 3, 2014.

¹³ Ibidem. p. 4

onde a opressão de grupos minoritários está presente. Por fim, são motores de inovação, encorajando novas formas de se pensar a regulação e aplicação de recursos financeiros¹⁴.

Mesmo diante dos desafios, a popularidade da bitcoin não se esvaneceu, embora seu status legal em diferentes países varie enormemente.

No Brasil, a bitcoin é considerada lícita de acordo com a Lei 12.865/13 que, em seu artigo 6º, dá suporte a moedas eletrônicas de acordo com as normas aplicáveis aos arranjos que integram o Sistema Brasileiro de Pagamento¹⁵. A Receita Federal, embora não as considere moedas nem valores mobiliários, passou a exigir a declaração de duas criptomoedas no Imposto de Renda 2014: a bitcoin e a litecoin. Consideradas “ativos financeiros”, devem ser declaradas e, em hipótese de venda acima de trinta e cinco mil reais, tributadas à alíquota de 15%¹⁶.

A bitcoin é atualmente ilegal na Rússia, Tailândia, Vietnam, Indonésia, Equador, Bolívia e Bangladesh; e restrita na China onde bancos e lojas são proibidos de negociar em bitcoins, embora a compra internacional e transferência entre indivíduos seja permitida¹⁷.

Ainda assim, mesmo com tentativas regulatórias, o controle de criptomoedas por Estados é uma tarefa árdua e pouco eficaz dada a natureza criptográfica, descentralizada e distribuída da bitcoin. Governos podem proibir a

¹⁴ BRITO; CASTILLO, Op. cit., p.16.

¹⁵ “Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se: [...] VI - moeda eletrônica - recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.” BRASIL, Lei nº 12.865/13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm> Acesso em: 20/03/2016....

¹⁶ WILTGEN, Julia. **Até bitcoin deve ser declarada no imposto de renda**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/ate-bitcoin-deve-ser-declarada-no-imposto-de-renda>> Acesso em: 03/04/2015.

¹⁷ **Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions**, Global Legal Research Center, The Law Library of the Congress, 2014.

negociação lícita através de meios oficiais, mas dificilmente terão meios de barrar a entrada e saída e mesmo a negociação interna de bitcoins ou de produtos por bitcoins. O fato é que, estabelecendo-se ou não como moeda alternativa estável e popular, a bitcoin inaugurou definitivamente uma nova era de desenvolvimento de aplicações descentralizadas e distribuídas na Internet.

ETHEREUM

DESCRIÇÃO DA PLATAFORMA

Em janeiro de 2014, Vitalik Buterin, um dos criadores e principais expositores do projeto, anunciou um novo protocolo¹⁸ nos moldes da Bitcoin 2.0: a plataforma Ethereum, a ser ativada dentro de um ano. Na data de conclusão deste trabalho, a Ethereum ainda não estava em funcionamento, mas já 97% completa frente a sua disponibilização¹⁹. A proposta da plataforma consiste na criação de aplicativos genéricos em uma rede descentralizada. O caráter genérico dessas aplicações permite que sejam desenvolvidos desde redes sociais até sistemas financeiros que utilizem *tokens* digitais de valor como moeda, ou mesmo como representações de *smart properties* (ou propriedades inteligentes), sejam estas reais ou virtuais. Para isto, os programas utilizarão *smart contracts*: códigos de computador que realizam determinadas funções quando ativados. Estes contratos, cuja concepção se deu por meio de um artigo de Nick Szabo²⁰, são descritos como *self-enforcing*²¹ (ou auto-executáveis), pois concretizam-se automaticamente quando as condições estabelecidas pelas partes são satisfeitas. Assim, não há necessidade de intermediários ou

18 VITALIK, Buterin. **Ethereum: Next generation cryptocurrency and decentralized application platform.** Disponível em: <<https://bitcoinmagazine.com/9671/ethereum-next-generation-cryptocurrency-decentralized-application-platform/>>. Acesso em: 21/06/2015.

19 Informação disponível em: <<https://github.com/ethereum/go-ethereum/milestones/>>. Acesso em: 28/06/2015.

20 SZABO, Nick. **The Idea of Smart Contracts.** Disponível em: <http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html>. Acesso em: 28/06/2015.

21 VITALIK, Buterin. **DAOs are not scary part 1: Self-enforcing contracts and factum law.** Disponível em: <<https://blog.ethereum.org/2014/02/24/daos-are-not-scary-part-1-self-enforcing-contracts-and-factum-law/>>. Acesso em: 26/06/2015.

risco de uma violação que, em um contrato tradicional, levaria à ativação do judiciário em busca de resolução.

Durante uma palestra em Harvard, a pesquisadora Primavera de Filippi exemplificou o funcionamento dos *smart contracts* por meio de uma analogia a uma máquina de refrigerante:²² um negócio no qual existem duas partes, o comprador e a máquina, que independem de um intermediário em sua interação. O comprador apenas ativa a máquina inserindo uma moeda (análoga ao *token* nos contratos) e informando qual refrigerante quer obter. A máquina, então, executa automaticamente sua função, entregando o produto. Diferentemente da máquina, entretanto, um *smart contract* possui todos os seus mecanismos de funcionamento abertos e expostos (*Open source*)²³; não pode ser desativado ou modificado de qualquer forma, uma vez que é processado de maneira descentralizada por centenas de máquinas ao redor do globo; e também não pode ter seus *tokens* de valor ou propriedade apreendidos pelo Estado ou por qualquer indivíduo, mas apenas transferidos dentro do previsto pelo código-contrato.

É possível, no entanto, a criação de novos *smart contracts* em caso de vício ou ineficácia dos anteriores de forma que os usuários abandonem o antigo e usem apenas o novo, embora qualquer *token* de valor em posse do *smart contract* defeituoso vá com ele permanecer indefinidamente. É possível também que o código do *smart contract* possa ser modificado posteriormente por certos indivíduos com poderes designados ou mesmo que tal modificação só possa ocorrer mediante votação por parte deste grupo de indivíduos. Para isto, entretanto, é preciso que esta flexibilidade tenha sido programada e prevista no código desde o início.

22 DE FILIPPI, Primavera. **Ethereum: Freenet or Skynet?** Disponível em: <<http://blog.p2pfoundation.net/ethereum-freenet-or-skynet/2014/11/19>>. Acesso em: 26/06/2015.

23 Um programa *open source* é aquele que tem seu código fonte aberto e visível aos interessados em saber como ele funciona em detalhes, em contraste com outros tipos de software que não permitem tal acesso como forma de proteger propriedade intelectual.

Assim como na tecnologia da bitcoin, o protocolo Ethereum se baseia em três características essenciais, além de uma quarta característica particular à nova tecnologia: **(i)** a base de dados descentralizada, ou *blockchain*; **(ii)** o uso de *tokens* digitais de valor; **(iii)** o uso de criptografia; e **(iv)** o uso uma linguagem de programação com Completude-Turing²⁴. Analisemos cada uma destas características.

(i) A base de dados descentralizada, ou *blockchain*, elimina a necessidade de um intermediário centralizado, distribuindo as funções de registro e verificação de transações entre milhares de usuários por meio de um consenso. Pode-se dizer que, assim como no BitTorrent, um *seeder* tem uma cópia parcial ou completa de um determinado arquivo, ou seja, cada nóculo da rede tem uma cópia parcial ou completa da *blockchain*. Juntos garantem a legitimidade das transações e um nóculo que diferir do consenso estabelecido pelos demais é isolado e não mais reconhecido;

(ii) Isso permite o funcionamento de um sistema de *tokens* digitais aos quais podem ser atribuídos valores ou propriedades livres de fraude;

(iii) A criptografia adiciona mais uma camada de segurança e privacidade, ocultando a identidade dos usuários, de forma que os dados e informações envolvidos não sejam expostos ao público;

(iv) Uma linguagem com Completude-Turing significa que regras seguidas em sequência sobre dados arbitrários podem produzir o resultado de qualquer cálculo. Essa característica é essencial a todas as linguagens de programação modernas de alto nível. Esse traço distintivo da Ethereum em relação à Bitcoin permite que qualquer usuário lance aplicações na *blockchain* para serem usados por outros usuários²⁵.

²⁴ Tradução livre para “*Turing-Completeness*”.

²⁵ BUTERIN, Vitalik. **Ethereum White Paper: A Next-Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform**. Disponível em: <<https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper>>. Acesso em: 26/06/2015.

As transações da Ethereum dependem do Ether, descrito por Buterin como o “cripto-combustível” interno principal da plataforma²⁶. O Ether é a moeda central do protocolo, que permite o funcionamento e determina a eficácia dos contratos descentralizados. Para realizar uma transação ou operação pela Ethereum, o usuário ou o *smart contract* deve empregar Ether para financiar seu processamento. O Ether pago por qualquer uma das partes é transferido de forma fragmentada para todos os nódulos que ajudaram no processamento da transação, dando a estes uma espécie de compensação pelo trabalho realizado. Isso não significa, entretanto, que o Ether seja a única maneira de executar transações na Ethereum, existindo também a possibilidade de se criar um contrato que estabeleça *subcurrencies* (ou moedas próprias) por meio do sistema de *tokens*, que podem ser aceitas como pagamento para outros *smart contracts*²⁷.

Evidentemente, a Ethereum funciona sob uma dinâmica *trustless*. A “ausência de confiança” em questão refere-se a algo posterior ao acordo do *smart contract*, sendo uma referência apenas à própria característica *self-enforcing* dos contratos, que impede que estes sejam quebrados de forma deliberada e, conseqüentemente, independente de qualquer nível de confiança. Em termos de confiança prévia ao acordo, a Ethereum apresenta ao usuário maneiras alternativas de se estabelecer um vínculo com segurança. Uma dessas maneiras é um potencial sistema de reputação, no qual o próprio usuário pode positivar ou negativar o nível de confiança de outros usuários, que são registrados por meio de um *smart contract* de registro de nomes e atribuição de responsabilidade pela criação de contratos²⁸. A outra é a própria análise do código constituinte do *smart contract* em questão, cuja transparência pode inerente devido à estrutura pública dos *blockchains*.

26 Idem.

27 Idem.

28 Idem.

POSSIBILIDADES

A Ethereum permite a programação de qualquer tipo de aplicativo, o que significa que catalogar todas as possibilidades dessa plataforma é virtualmente impossível. Será apresentada, portanto, uma visão geral dos *smart contracts*, em especial aqueles cujo uso suscitaria questões no contexto das instituições jurídicas atuais. Adiante, este trabalho se concluirá com a identificação dessas questões, com o objetivo de identificar também possíveis soluções para alguns desses impasses.

Vitalik Buterin aponta três categorias gerais para os *smart contracts*²⁹, consistindo as duas primeiras em aplicações financeiras e semi-financeiras, contratos respectivamente focados em ou envolvidos com finanças. Um sistema de *tokens* pode ser desenvolvido para criar e representar desde *subcurrencies* até *smart properties*, que podem funcionar em conjunto com mercados virtuais. Contratos de pagamento futuro, ou derivativos, também são uma possibilidade, podendo encontrar o valor de suas variáveis econômicas em bancos de dados externos. Mesmo depósitos financeiros, testamentos e contratos empregatícios podem ser desenvolvidos por meio da plataforma Ethereum.

A terceira categoria geral para os *smart contracts* é a não-financeira. Incluídos nesta estão os aplicativos de funções mais convencionais, como o armazenamento de arquivos e as redes sociais.

Entre todas estas categorias surgem possibilidades ainda mais inusitadas para o Direito, como sistemas descentralizados de votação online e até de governança, que abrem margem para a existência de *DAOs* (*Decentralized Autonomous Organizations*, ou organizações autônomas descentralizadas)³⁰. Essas organizações virtuais podem definir, por meio de um conjunto de regras

²⁹ BUTERIN, Vitalik. **Ethereum White Paper: A Next-Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform**. Disponível em: <<https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper>>. Acesso em: 26/06/2015.

³⁰ Idem.

análogo a uma constituição, a influência de seus membros na tomada de decisão. Seja por meio de votações ou de acordos unânimes, podem atuar até mesmo como uma espécie de democracia líquida e interagir com outros contratos a fim de exercer alguma atividade em particular. As *DAOs* podem receber investimentos e fornecer ações por meio de interações não apenas entre si e com outros contratos, mas também com usuários externos à organização. Através destes sistemas, *DAOs* podem ser modificadas ou multiplicadas, tudo de acordo com sua constituição

Não é necessária uma análise muito além da lógica de funcionamento dos contratos e mesmo do próprio significado da sigla em questão para se identificar as características dessas organizações que são especialmente interessantes ao Direito: as *DAOs* são autônomas, autossuficientes e descentralizadas. Em outras palavras, são entidades com poder de decisão, dependentes somente de recursos inerentes à Ethereum e que, acima de tudo, não existem sob jurisdição alguma.

DESAFIOS JURÍDICOS

Após cuidadosa análise, a *blockchain* revela-se uma tecnologia de características únicas que certamente trará uma série de benefícios e inovações que abrirão caminho para uma revolução em diversos aspectos do funcionamento da rede como a conhecemos e utilizamos hoje em dia. Quais seriam, então, as questões e desafios jurídicos por ela suscitados? Este capítulo propõe-se justamente a apontar os principais problemas que possivelmente se encontrarão a medida que a tecnologia e a plataforma Ethereum se popularizem.

DESCENTRALIZAÇÃO, AUTONOMIA E AUTO SUFICIÊNCIA

Os *smart contracts* e as Organizações Autônomas Descentralizadas caracterizam-se explicitamente por três questões de grande impacto jurídico.

Primeiramente, são auto-suficientes: depois de lançadas pelo criador na *blockchain*, as *DAOs* e os *smart contracts* tornam-se imediatamente independentes. Isso significa que esses contratos passam a cobrar dos usuários valores que permitirão àqueles pagarem aos nós por seu próprio processamento, independentemente de qualquer comando humano. Uma vez lançados, *smart contracts* ou *DAOs* continuarão a funcionar enquanto forem ativados através de Ether ou outros pagamentos para que realizem alguma função. Assim, caso um criador não mais deseje manter um determinado *smart contract* ativo, apenas poderá retroceder caso tenha originalmente programado-o observando esta possibilidade. Caso contrário a aplicação continuará funcionando enquanto solicitada e paga para tal. Um contrato poderia permanecer dormente por muito tempo e voltar a funcionar, se reativado. De maneira similar, pode ser programado para cobrar mais do que necessário para seu processamento, de forma a acumular um “estoque” e realizar alguma função autônoma, mesmo sem solicitação de qualquer usuário.

Segundo, os *smart contracts* são descentralizados. Uma *blockchain* como a da Ethereum, assim como na bitcoin, pode ter cópias mantendo e reafirmando o consenso em milhares de nós espalhados por toda parte do globo. Essa descentralização e sua consequente aterritorialidade, similares àquelas da própria natureza da Internet, significam que uma possível desativação da Ethereum seria extremamente difícil ou mesmo virtualmente impossível sem uma ação internacional coordenada com este intuito, pois, uma vez lançados na Ethereum, os *smart contracts* e *DAOs* não podem ser desativados individualmente, apenas com a desativação de toda a rede ou através do processo definido por seu código e constituição.

Terceiro, são autônomos. Uma vez lançados na rede, os *smart contracts* e as *DAOs* por trás das aplicações da Ethereum podem não mais responder ao seu criador ou a qualquer agente e ordem humana. Não há nenhuma entidade específica que os regule a não ser suas próprias constituições e seus códigos são auto-executados, de forma que, enquanto os nós estiverem ativos

e afirmando o consenso, as aplicações continuarão funcionando sem depender de qualquer centralização.

Pensando em tais características frente às instituições jurídicas como as conhecemos, acumulam-se diversas questões a serem endereçadas a medida que o jurista ou o regulador optam por abordar a tecnologia com um enfoque jurídico.

Os *smart contracts* são transparentes e auto-executáveis, podendo funcionar independente da vontade humana. Uma vez engajados no contrato, as partes envolvidas não podem violá-lo, sejam elas pessoas e *smart contracts*, pessoas e pessoas através de *smart contracts*, ou *smart contracts* e *smart contracts*. A impossibilidade de se voltar atrás em um contrato, voluntariamente optando pelas penalidades e consequências envolvidas em sua violação, rescisão ou resilição é uma característica estranha às instituições jurídicas de nossos ordenamentos. Mesmo sendo o ideal esperado de um contrato que este não seja violado, a autonomia da vontade das partes estaria restringida em uma situação onde não se pode rescindir ou resilir o contrato. Primavera de Filippi levanta o questionamento: Um *smart contract* é legalmente vinculante ou apenas tecnicamente vinculante³¹? Cabe analisar se a interação entre uma pessoa e um *smart contract* preenche os requisitos exigidos, por exemplo, para a existência de um negócio jurídico.

Karl Larenz define negócio jurídico como “[...] um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do Direito Privado”³². Consideradas todas as possibilidades da Ethereum, como a de, por exemplo, gerenciar e atribuir propriedade de

31 DE FILIPPI, Primavera. **Ethereum: Freenet or Skynet?** Disponível em: <<http://blog.p2pfoundation.net/ethereum-freenet-or-skynet/2014/11/19>>. Acesso em: 26/06/2015.

32 LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. esp. Caracas: Edersa, 1978. p.226.

valores virtuais e até físicos³³, fica claro que as interações relacionadas a *smart contracts* podem produzir efeitos e modificações nas relações jurídicas.

Carlos Roberto Gonçalves³⁴ estabelece três requisitos para a existência de um negócio jurídico: *declaração de vontade*, *finalidade negocial* e *idoneidade do objeto*.

A *declaração de vontade* diz respeito à manifestação da vontade de uma pessoa para realizar um negócio jurídico. Ao ativar um *smart contract*, o usuário certamente estaria tacitamente declarando sua vontade de engajar-se em um negócio jurídico que envolveria alterações de propriedade e transações de valor. A *finalidade negocial* é o propósito de adquirir, conservar ou modificar direitos. Isto é, a intenção de produzir os efeitos jurídicos supracitados. Por fim, a *idoneidade do objeto* diz respeito à correspondência entre os dois elementos anteriores e o objeto destinatário dos efeitos jurídicos³⁵.

A validade de um negócio jurídico por Ethereum dependeria, assim, das normas estabelecidas do ordenamento jurídico em questão. No caso do Direito brasileiro, tais normas estão elencadas no Código Civil em seu artigo 104 e são a *capacidade do agente*, *licitude do objeto* e *forma prescrita ou não defesa em lei*³⁶. Entendemos que a validade jurídica de um negócio jurídico por Ethereum dependeria enormemente das pessoas e objetos envolvidos, mas que, por definição, não seria afastada.

Para que se configurasse como um contrato, um negócio jurídico por Ethereum deveria ser aquele envolvendo uma pessoa, um *smart contract* ou DAO como intermediário, e outra pessoa, dada o requisito básico e

33 AMIRTHA, Tina. **Meet Ether, the Bitcoin-like cryptocurrency that could power the Internet of Things**. Fast Company. Disponível em: <<http://www.fastcompany.com/3046385/meet-ether-the-bitcoin-like-cryptocurrency-that-could-power-the-internet-of-things>>. Acesso em 27/06/2015.

34 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol 1. 10ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p.333

35 Ibidem. p. 338

36 “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” Referência Código Civil

fundamental para a existência de um contrato que é a manifestação de duas ou mais vontades humanas³⁷.

Ainda em relação à vontade das partes humanas envolvidas: no Direito Contratual vigente, existem casos em que a validade de um contrato pode ser questionada, ou seu cumprimento limitado, quando a vontade envolvida na formação do negócio jurídico é defeituosa. Por exemplo, em casos de erro ou ignorância, de dolo, de coação, de estado de perigo, de lesão, de assimetria de informação e vícios de consentimento em geral. Nas normas de Direito brasileiro, a parte que formasse um contrato nessas condições poderia anulá-lo em prazos variáveis³⁸.

Nos *smart contracts*, as normas seriam ditadas exclusivamente pelo *framework* técnico do código de computador e não poderiam ser garantidas pela proteção jurídica tradicional dada a negócios jurídicos. Buterin menciona apenas a possibilidade da criação de uma dinâmica de *judges as a service*, na qual os contratos poderiam atribuir a responsabilidade da verificação de determinados valores variáveis a determinados usuários por meio de um registro público particular a esses “juizes”. Estes serviços poderiam ser prestados tanto por governos quanto pela iniciativa privada e seus respectivos “juizes” não necessariamente precisariam de uma formação jurídica, pois poderiam também julgar simplesmente aspectos técnicos referentes às variáveis em questão.

ETHEREUM, BLOCKCHAIN E PROPRIEDADE

A Ethereum e a *blockchain* também trazem perspectivas diferentes para o Direito de Propriedade pela forma como tratam os bens físicos e não físicos integrados à sua rede. No Direito brasileiro tradicional, por exemplo, a maioria dos bens móveis trocam de proprietário através da tradição simples e os bens imóveis dependem de escritura pública no Cartório de Registro de

37 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol 3. 10ed. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 28

38 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol 1. Op. cit., p 384.

Imóveis³⁹. A Ethereum, por sua vez, atribui o direito de propriedade de quaisquer bens a ela integrados por meio da transferência dos *tokens* de valor através da *blockchain*. Um *token* de valor pode ser tanto uma unidade monetária quanto uma espécie de chave ou ficha para permitir o uso ou assinalar a posse de algum bem físico ou virtual. Assim, por exemplo, todo serviço de registro público municipal, *e.g.* o de automóveis e imóveis, poderia ser substituído por uma aplicação de *blockchain*, eliminando a necessidade de uma infraestrutura burocrática centralizada e a substituindo por um sistema descentralizado e eficiente.

Uma das tendências mais sólidas para o futuro da Internet é o conceito de “Internet of Things”, ou Internet das Coisas⁴⁰. Nela, toda sorte de aparelhos cotidianos estará conectada à Internet: desde portas, geladeiras e janelas até carros, aviões e prédios inteiros, de forma a, através do uso de sensores, da coleta e do processamento de dados, tornar cada aspecto da vida cotidiana computável e otimizável, facilitando a vida humana ao eliminar pequenas dificuldades. Combinada com a Internet das Coisas, a Ethereum pode fazer com que a propriedade de qualquer objeto no qual um computador possa ser instalado passe ser possivelmente regulada por seu protocolo. A transferência de propriedade de um celular, assim, pode ser feita e assegurada através da plataforma, uma vez que o *token* de propriedade do dito celular é requisito para seu uso. De maneira similar, um apartamento que só pudesse ser aberto pelo detentor da conta que possuísse o seu *token* poderia ser transferido *de facto*, sem que fosse necessária a entrega da chave, e sua propriedade *de jure* registrada através da *blockchain*, sem a necessidade mudança dos registros em Cartório para autenticar a identidade do proprietário de um imóvel. Essa é a essência do já mencionado conceito de *smart property*⁴¹, e a combinação da funcionalidade

39 Ibidem. p. 272

40 BURRUS, Daniel. **The Internet of Things is far bigger than anyone realizes**. Disponível em: <<http://www.wired.com/2014/11/the-internet-of-things-bigger/>>. Acesso em 26/06/2015.

41 BUTERIN, Vitalik. **Ethereum: A Next-Generation Generalized Smart Contract and Decentralized Application Platform**. Disponível em: <<http://vbuterin.com/ethereum.html>>. Acesso em 26/06/2015.

dade de *smart contracts* com *tokens* de valor pode criar um sistema descentralizado e autônomo de gerenciamento e atribuição de bens.

Mais desafiador para o Direito que essa nova forma de atribuir propriedade entre pessoas, seria o fato de que um bem físico ou virtual, cujo funcionamento dependesse de um *token* e a propriedade fosse por ele atribuída, poderia ser posse de um *smart contract*. Em outras palavras, um programa de computador poderia ser proprietário de qualquer bem físico ou virtual integrado ao protocolo. As possibilidades abertas por tal funcionalidade são inúmeras, revolvendo em torno da perspectiva de eliminar enormemente a necessidade de intermediários humanos para realizar serviços diversos, inaugurando até a possibilidade de lojas, serviços ou empreendimentos gerenciados por DAOs. Tais situações são completamente estranhas ao nosso ordenamento jurídico e necessitariam de reflexões e soluções jurídicas inovadoras. Agrava a situação o fato de que, quando puramente virtuais, tais bens sob posse de *smart contracts* não poderiam ser apreendidos pelo Estado, como já citado anteriormente, devido à natureza descentralizada e autônoma da plataforma e que, quando existentes em forma física, serem possivelmente inúteis sem que se tenha também sua propriedade designada pela *blockchain*. Este conceito foi chamado por Primavera de Filippi⁴² como *crypto-property* ou “propriedade criptográfica”: quando uma entidade criptográfica que não é uma pessoa natural ou jurídica é detentora de propriedade e capaz de gerenciar e transferir essa propriedade para outras entidades criptográficas ou para humanos.

Poder-se-ia pensar, num exercício de futurologia, em um carro autodirigível⁴³ e autônomo que fosse propriedade exclusiva de um *smart contract* que cobraria, em *tokens* de valor, para transportar pessoas físicas de um local ao outro e pagaria postos de gasolina e mecânicos para realizar sua manutenção, além

⁴² DE FILIPPI, Primavera. **Ethereum: Freenet or Skynet?** Disponível em: <<http://blog.p2pfoundation.net/ethereum-freenet-or-skynet/2014/11/19>>. Acesso em: 26/06/2015.

⁴³ GHOSHAL, Abhimanyu. **Google is testing new self-driving cars in California.** Disponível em: <<http://thenextweb.com/google/2015/06/26/googles-testing-new-prototypes-of-its-25-mph-self-driving-car/>>. Acesso em 28/06/2015.

dos nós de rede que processariam o sistema. Este código poderia estar programado para pagar impostos, lucrar e adquirir novos veículos com estes lucros e até mesmo para rejeitar usuários com má-reputação em algum dos sistemas de reputação da plataforma.

RESPONSABILIDADE NA ETHEREUM

Um outro ponto que certamente levanta indagações de natureza jurídica é a questão da responsabilização de agentes envolvidos em negócios jurídicos via Ethereum em casos de problemas, danos e atos ilícitos em geral. Como poderiam o Estado e os meios jurídicos de regulação responder a eventuais violações de direitos ou faltas causadas pela tecnologia?

De início, cogita-se a responsabilização dos criadores dos *smart contracts* e *DAOs*. É um caminho viável, mas tortuoso e possivelmente ineficaz. Primeiro porque as aplicações descentralizadas da Ethereum podem ser criadas e lançadas de forma completamente anônima. Um novo código pode ser programado para começar a usar o serviço de *blockchain* para registrar suas transações e serviços potencialmente ilícitos. Segundo porque pode enfrentar problemas de jurisdição já comuns na Internet: o criador de um *smart contract* pode estar domiciliado além da jurisdição do Estado onde se localiza a parte que sofreu o dano ou teve um direito violado. Não apenas isso, mas um *smart contract* pode exercer uma atividade perfeitamente lícita em uma jurisdição, mas ilícita em outra, de forma que seu criador poderia estar agindo dentro da legalidade em seu país, mas causando efeitos negativos no da vítima. Terceiro, mesmo que pudesse ser efetivamente responsabilizado por sua criação, subsiste a possibilidade de o autor do programa não mais ter controle sobre ela, que continuaria funcionando normalmente enquanto fosse solicitada para tal.

Poderia ser considerada a responsabilização dos operadores dos nós. Essa opção seria arriscada, uma vez que eles não têm conhecimento ou capacidade de conhecer o que estão processando ou ajudando a processar: o sistema apenas solicita seu poder de processamento e os recompensa com *tokens*.

Ademais, cada nódulo poderia estar contribuindo com um fragmento muito pequeno do processamento de um *smart contract* ilícito, de forma que dezenas de milhares de nódulos seriam igualmente responsáveis por quaisquer danos ou violações cometidas por ou através destes *smart contracts*. Para agravar, certamente estarão espalhados em uma infinidade de jurisdições diferentes, inviabilizando qualquer ação Estatal única para removê-los.

Como já mencionado, os *smart contracts* e as *DAOs* não podem ser responsabilizados diretamente por sua natureza autônoma e descentralizada, a não ser que programadas para tal.

A opção mais radical seria decretar a ilegalidade completa da tecnologia, da forma como foi feito com a bitcoin em alguns países. Esta solução, todavia, seria também pouco eficaz ou desejada: a fiscalização de uso da plataforma exigiria a violação de direitos fundamentais de privacidade dos usuários bem como de outros princípios que regem a regulação da Internet, (e.g.. o princípio da neutralidade da rede)⁴⁴. Essa solução exigiria uma condenação global da tecnologia e uma ação conjunta para erradicá-la, uma vez que a natureza descentralizada da plataforma também tornaria extremamente difícil fiscalizá-la e restringi-la, assim como ocorre com o compartilhamento via *.torrent*. Por último, mas igualmente importante, a rejeição do potencial imensurável da tecnologia não poderia ser justificada pela ação de uma minoria mal-intencionada.

OFÍCIO JURÍDICO

Naturalmente, em face dos desafios que uma ferramenta como a Ethereum cria para o Direito, o próprio ofício jurídico encontrará obstáculos para enfrentar. Mesmo em uma área do estudo de inovações como aquela do Direito da Internet, ainda persiste um grande descompasso entre o conhecimento

⁴⁴ Para saber se um usuário está utilizando um *smart contract*, seria necessário discriminar e analisar seus pacotes de dados.

tecnológico e o conhecimento jurídico. Caso a Ethereum ou algum outro protocolo descentralizado similar venha a se popularizar, entender seu funcionamento técnico será fundamental para que se possa contemplar suas possibilidades de uso e, portanto, seus possíveis impactos ao usuário.

Vislumbramos que, visando a proteção dos interesses de seus clientes, curadorias jurídicas deverão adaptar-se às dinâmicas de *smart contracts* por meio do estudo de seus respectivos códigos. A análise de um contrato aconteceria com sua apuração, buscando-se, no código, o significado e o escopo de suas respectivas variáveis, com o objetivo de identificar se elas realmente são condizentes com a premissa do *smart contract* em questão. Em outras palavras, advogados que desejem lidar com a plataforma provavelmente terão que ser capazes de ler e compreender códigos de computador a fim de identificar seus respectivos vícios. As disciplinas da Ciência da Computação e do Direito deverão estabelecer relações interdisciplinares, mesmo porque é provável também que exista um mercado para um serviço não apenas de análise dos contratos, mas também de sua criação, o que demandaria tanto conhecimento jurídico quanto científico-tecnológico.

CONCLUSÃO

Ainda é cedo para se ter certeza de todas as formas como a tecnologia da Ethereum afetará as relações entre a Internet e o Direito. O protocolo BitTorrent e a Bitcoin foram responsáveis por sacudir as bases normativas dos contextos nos quais se inseriram e outras tecnologias ainda em desenvolvimento, como a *Internet of Things*, também prometem alterar radicalmente a forma como vivemos e interagimos com as normas sociais e jurídicas que nos cercam. É razoável, portanto, estimar que uma inovação com potencial tão abrangente para romper com institutos jurídicos vigentes como a da tecnologia da *blockchain* através da plataforma Ethereum venha a tornar-se objeto de intensos debates e discussões na academia, no meio legislativo e em esferas públicas e privadas.

Alguns dos conceitos promovidos pelo ideal por trás do desenvolvimento da plataforma podem parecer por demais futuristas ou até assustadores para alguns. Vitalik Buterin⁴⁵ e Primavera de Filippi⁴⁶ falam do conceito de “Direito Descentralizado”⁴⁷. Nele, todos são capazes de implementar suas próprias regras em seus próprios contratos, criando um sistema interconectado de normas de forma relativamente previsível e independente da necessidade de confiança entre as partes. O que se vê, na Ethereum, é a ideia de Lessig de “*Code is Law*” tornando-se cada vez mais concreta e expansiva, mas também aproximando-se dos ideais libertários de John Perry Barlow acerca dos princípios da Internet. Se antes o código podia ser mais ou menos regulado pelo Direito para adequar-se aos institutos jurídicos vigentes, agora é clara a possibilidade de que venha a agir completamente fora do alcance estatal e que, inclusive, crie suas próprias instituições jurídicas alternativas e voluntárias.

Em um futuro onde a tecnologia de redes descentralizadas da Ethereum venha a se popularizar, é possível vislumbrar duas esferas normativas distintas: aquela tradicional, do Estado de Direito onde as normas são adotadas por meio de processos legislativos (em maior ou menor grau) democráticos, onde são flexíveis e universais, mas não plenamente executáveis; e aquela do Direito Descentralizado, onde a adoção das normas é voluntária, mas sua execução é perfeita, dispensa confiança e pode não ser passível de recurso e reversão. ✨

45 BUTERIN, Vitalik. DAOs are not scary part 1: Self-enforcing contracts and factum law. Disponível em: <<https://blog.ethereum.org/2014/02/24/daos-are-not-scary-part-1-self-enforcing-contracts-and-factum-law/>>. Acesso em: 26/06/2015.

46 DE FILIPPI, Primavera. **Ethereum: Freenet or Skynet?** Disponível em: <<http://blog.p2pfoundation.net/ethereum-freenet-or-skynet/2014/11/19>>. Acesso em: 26/06/2015.

47 Do original “*Decentralized Law*”.

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114. *Communication*, 1004, 2001.

AMIRTHA, Tina. **Meet Ether, the Bitcoin-like cryptocurrency that could power the Internet of Things**. Fast Company. Disponível em: <<http://www.fastcompany.com/3046385/meet-ether-the-bitcoin-like-cryptocurrency-that-could-power-the-internet-of-things>>.

ANDERSON, J. For the Good of the Net: The Pirate Bay as a Strategic Sovereign. *Culture Machine*, 10, 2009.

BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea, **Bitcoin: A Primer for Policymakers**, George Madison University, 2013.

BURRUS, Daniel. **The Internet of Things is far bigger than anyone realizes**. Disponível em: <<http://www.wired.com/2014/11/the-internet-of-things-bigger/>>.

BUTERIN, Vitalik. **DAOs are not scary part 1: Self-enforcing contracts and factum law**. Disponível em: <<https://blog.ethereum.org/2014/02/24/daos-are-not-scary-part-1-self-enforcing-contracts-and-factum-law/>>.

_____. **Ethereum: A Next-Generation Generalized Smart Contract and Decentralized Application Platform**. Disponível em: <<http://vbuterin.com/ethereum.html>>. Acesso em 07 julho 2016.

_____. **Ethereum: Next generation cryptocurrency and decentralized application platform**. Disponível em: <<https://bitcoinmagazine.com/9671/ethereum-next-generation-cryptocurrency-decentralized-application-platform/>>. Acesso em 07 julho 2016.

_____. **Ethereum White Paper: A Next-Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform**. Disponível em: <<https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper>>. Acesso em 07 julho 2016.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 07 julho 2016.

_____, Lei 12.865/13, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12865.htm> Acesso em 07 julho 2016.

DE FILIPPI, Primavera. **Bitcoin : a regulatory nightmare to a libertarian dream**, Journal on internet regulation, v. 3, n. 2, 2014.

_____. **Ethereum: Freenet or Skynet?** Disponível em: <<http://blog.p2pfoundation.net/ethereum-freenet-or-skynet/2014/11/19>>. Acesso em 07 julho 2016.

DOURADO, Eli; BRITO, Jerry, Cryptocurrency, **The New Palgrave Dictionary of Economics. Online Edition**, 2014.

GHOSHAL, Abhimanyu. **Google is testing new self-driving cars in California**. Disponível em: <<http://thenextweb.com/google/2015/06/26/googles-testing-new-prototypes-of-its-25-mph-self-driving-car/>>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol 1. 10 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, vol 3. 10 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence, **CODE version 2.0**, 1a. ed. New York: Basic Books, 2006.

SCHOLLMEIER, R. **A definition of peer-to-peer networking for the classification of peer-to-peer architectures and applications**. Proceedings First International Conference on Peer-to-Peer Computing, 2001.

SZABO, Nick. **The Idea of Smart Contracts**. Disponível em: <http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html>.

WILTGEN, Julia. **Até bitcoin deve ser declarada no imposto de renda**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/ate-bitcoin-deve-ser-declarada-no-imposto-de-renda>>

Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions, Global Legal Research Center, The Law Library of the Congress, 2014.

ATAQUES CIBERNÉTICOS E A APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DE TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Bruno de Oliveira Biazatti¹

INTRODUÇÃO

A aplicação extraterritorial dos tratados sobre direitos humanos é certamente uma das questões mais interessantes que o Direito Internacional atual enfrenta. Questionamentos sobre as circunstâncias nas quais um Estado tem obrigações, à luz de um tratado sobre direitos humanos, em relação a um indivíduo localizado fora do seu território estão sendo trazidos frequentemente perante tribunais internacionais e domésticos.

Diante disso, uma discussão profunda e séria sobre a aplicação extraterritorial dos tratados de direitos humanos é imperativa para o adequado funcionamento do sistema jurisdicional internacional de proteção da pessoa humana. Os aspectos de tal discussão não permanecem apenas nos livros, mas têm repercussões práticas na tutela e eficácia dos direitos humanos.

O presente trabalho se presta a elucidar a aplicação de tratados de direitos humanos fora do território dos Estados contratantes, à luz das novas tecnologias disponíveis a estes Estados, especialmente os ataques cibernéticos. Em outras palavras, visa compreender se ataques cibernéticos realizados por Estados contra alvos situados fora de seu território podem ser capazes de tornar aplicáveis os tratados de direitos humanos ratificados por estes nos locais alvos dos ataques.

¹ Bruno de Oliveira Biazatti é aluno de graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Email: bbiazatti@gmail.com

Essa questão merece atenção, pois ataques cibernéticos são uma realidade de nossos dias. Constantemente, a mídia e a doutrina relatam ataques por hackers contra sites governamentais ou ações similares de um governo contra outro. Para fins de ilustração, nota-se que em abril e maio de 2007, a Estônia foi alvo de ataques cibernéticos em protesto pela decisão do governo estoniano de transferir um monumento soviético do centro da capital, Tallinn, para um cemitério fora da cidade². No contexto da Guerra Russo-Georgiana, em agosto de 2008, sites do governo da Geórgia foram raqueados por nacionais russos, favoráveis a separação da Ossétia da Sul³. Em 2009, o Quirguistão foi alvo de ataques cibernéticos pela Rússia, em decorrência das divergências políticas entre o governo quirguiz e Moscou, com destaque à tensão gerada pelo acesso dos EUA à Base Militar de Manas⁴. Ainda em 2009, um vírus de computador, chamado “Stuxnet”, foi usado para desabilitar usinas nucleares iranianas construídas ilegalmente⁵. Mais recentemente, durante a atual Guerra Civil na Síria, o Exército Eletrônico Sírio, fiel ao Presidente Bashar al-Assad, realizou uma série de ataques cibernéticos contra os insurgentes, enquanto que estes fizeram o mesmo com os sistemas e sites governamentais⁶.

Para investigar o tema-problema aqui proposto, faz-se necessário a descrição do conceito de “jurisdição” para fins de aplicação extraterritorial dos tratados de direitos humanos. Para tanto, descrever-se-á o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que constantemente lida com o problema da aplicação extraterritorial da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Após isso, verificar-se-á se ataques cibernéticos contra alvos além das fronteiras estatais são suficientes para configurar jurisdição.

-
- 2 SCHREIER, Fred. **On Cyberwarfare**, Working Paper No.7, Geneva: Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2012, p.109-110 [SCHREIER].
 - 3 Ibidem., pp.112-113; ROSCINI, Marco. **Cyber Operations and the Use of Force in International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2014, p.7-8 [ROSCINI]; SWANSON, Lesley. “The Era of Cyber Warfare: Applying International Humanitarian Law to the 2008 Russian-Georgian Cyber Conflict”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 32, 2010, 303-333, pp.318-322.
 - 4 SCHREIER, Op.cit., p.113.
 - 5 Ibidem., pp.109-110.
 - 6 ROSCINI, Op.cit., p.114-115.

O TERMO “JURISDIÇÃO” E SUAS VÁRIAS DEFINIÇÕES

Para compreendermos o problema da diversidade de definições do termo “jurisdição”, vejamos o artigo 9º da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (Convenção contra os Desaparecimentos Forçados), que entrou em vigor em 23 de dezembro de 2010:

- I Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação ao crime de desaparecimento forçado:
 - A Quando o crime é cometido em qualquer território sob a sua jurisdição ou a bordo de um navio ou de uma aeronave registrados no seu Estado;
 - B Quando o presumível autor é nacional desse Estado;
 - C Quando a pessoa desaparecida é nacional desse Estado Parte e este o considere adequado.
- II Cada Estado Parte também adotará as medidas necessárias para estabelecer a sua competência jurisdicional em relação ao crime de desaparecimento forçado nos casos em que o presumível autor se encontra em qualquer território sob a sua jurisdição, a menos que o extradite ou o entregue a outro Estado, em conformidade com as suas obrigações internacionais, ou o entregue a um tribunal penal internacional cuja competência ele tenha reconhecido.
- III A presente Convenção não exclui nenhuma jurisdição penal adicional exercida em conformidade com o direito nacional⁷. (tradução livre)

O mesmo ocorre no artigo 22 da Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético (Convenção de Budapeste):

⁷ **International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance**, 2716 U.N.T.S. 3, 20 December 2006, art.9.

Cada Parte contratante deverá adotar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre qualquer inflação estabelecida em conformidade com os artigos 2 à 11 da presente Convenção, quando o delito é cometido:

- A no seu território; ou
- B a bordo de um navio arvorando o pavilhão dessa Parte; ou
- C a bordo de uma aeronave registrada sob as leis dessa Parte; ou
- D por um dos seus nacionais, se a inflação for punível ao abrigo do direito penal onde foi cometida ou se o crime for cometido fora da jurisdição territorial de qualquer Estado⁸. (tradução livre)

Percebe-se que o termo jurisdição foi aplicado com dois sentidos diferentes: um como o poder dos Estados para julgar certos atos (artigo 9º, §§1º, caput, 2º e 3º da Convenção contra os Desaparecimentos Forçados; artigo 22, caput da Convenção de Budapeste) e outro como âmbito de aplicação dos tratados em tela (artigo 9º, §1º, “a” da Convenção contra os Desaparecimentos Forçados; artigo 22, “d” da Convenção de Budapeste).

Além dessas duas, percebe-se que o Direito Internacional apresenta outras definições para jurisdição: o poder de uma corte internacional para conhecer e julgar litígios legais; o âmbito de aplicação de um determinado órgão de supervisão de um tratado internacional; e o poder soberano dos Estados para regular a conduta de pessoas físicas e jurídicas em sua esfera interna, por meio de legislação e cortes domésticas.

8 **Budapest Convention on Cybercrime**, ETS No. 185, Council of Europe, Budapest, 23 November 2001, art.22.

O presente trabalho estudará a definição de jurisdição somente como o âmbito de aplicação de tratados sobre direitos humanos⁹.

A DEFINIÇÃO DE JURISDIÇÃO SEGUNDO A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE CASOS

Cada tratado sobre direitos humanos, normalmente, possui uma cláusula quanto a sua jurisdição, ou seja, um dispositivo que aponta o seu âmbito de aplicação específico. Por exemplo, o artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos afirma: “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos [na] presente Convenção.”¹⁰ (tradução livre) No artigo 2º, §1º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos lê-se:

Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto [...]”¹¹.(tradução livre)

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 1º, §1º, impõe que:

Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição [...]”¹². (tradução livre)

⁹ Para maiores informações sobre as outras definições de jurisdição, cf. MILANOVIĆ, Marko. “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, 2008, p.1-40.[MILANOVIĆ].

¹⁰ *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ETS 5, 4 November 1950, art.1.

¹¹ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, 16 December 1966, art.2.

¹² *American Convention on Human Rights*, “Pact of San Jose”, Costa Rica, 22 November 1969, art.1.

O artigo 2º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes determina: “Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.”¹³ (tradução livre) Já no artigo 2º, §1º da Convenção sobre os Direitos da Criança encontra-se que: “Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição [...]”¹⁴.(tradução livre)

Contudo, saber que um certo tratado será aplicado onde um Estado exerce jurisdição não resolve o problema de forma alguma, vez que um novo questionamento pertinente surge: quais são as condições para o exercício de jurisdição? É nesse prisma que o Direito Jurisprudencial Internacional, “[...] como meio auxiliar para a determinação das regras de direito [...]”¹⁵ (tradução livre) se torna instrumento fundamental para responder esta pergunta. Analisar-se-ão aqui três litígios da Corte Europeia de Direitos Humanos: (3.1) o *Caso Titina Loizidou v. Turquia* (1995 e 1996); (3.2) o *Caso Vlastimir Banković e outros v. Bélgica e outros* (2001); (3.3) o *Caso Halima Musa Issa e outros v. Turquia* (2004).

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 este imóvel e goze do seu direito de propriedade¹⁶. Para tanto, organizou-se uma manifestação que objetivava chamar a atenção da coletividade sobre a arbitrariedade da Turquia

¹³ *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, New York, 26 June 1987, art.2.

¹⁴ *Convention on the Rights of the Child*, New York, 20 November 1989, art.2.

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

¹⁶ *Loizidou v. Turkey, Preliminary Objection*, Application no. 15318/89, judgment of 23 March 1995, paras.10-11.

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 desta a permitir o acesso da autora a sua propriedade no Chipre do Norte¹⁷. A Comissão indeferiu todos os pedidos, dando ganho de causa à Turquia¹⁸.

A República do Chipre, inconformada com a decisão da Comissão Europeia, submeteu o caso à 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 RTCN¹⁹.

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.”²⁰ (tradução livre) Em outras palavras, atos executados extraterritorialmente (fora do território estatal) também podem estar sujeitos à jurisdição do Estado autor destes atos²¹. 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

17 **Loizidou v. Turkey, Preliminary Objection**, Application no. 15318/89, judgment of 23 March 1995, paras.34.

18 *Ibidem*, para.35.

19 *Ibidem*, para.42.

20 *Ibidem*, para.62.

21 *Idem*.

indireta, através de uma administração local subordinada²². 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 imediata²³. Com isso, tais atos estavam sob a jurisdição turca²⁴.

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 controle pelo Estado estrangeiro de cada um dos atos realizados pelas autoridades na região ocupada²⁵. Na verdade, é necessário provar somente um “controle global efetivo” (*effective overall control*), que pode ser exercido pela presença de tropas na área em questão²⁶. 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 estas 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 Chipre²⁷. (tradução livre)

22 Idem.

23 Ibidem, para.63.

24 Ibidem, para.64.

25 **Loizidou v. Turkey**, Application no. 15318/89, judgment of 18 December 1996, para.56.

26 Idem.

27 Idem.

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

CASO VLASTIMIR BANKOVIĆ 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 dezesseis²⁸.

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,

²⁸ **Vlastimir Banković and others v. Belgium and others**, Application no. 52207/99, judgment of 12 December 2001, paras.9-11[**Caso Bankovic**].

Turquia e Reino Unido. Os reclamantes pretendiam receber indenização pelos danos sofridos²⁹.

Contudo, os Estados contestaram a admissibilidade do caso, pois, segundo eles, as vítimas não estavam, no momento da destruição da Estação de Rádio e Televisão, sob a sua jurisdição³⁰. 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 tempo³¹. (tradução livre)

Assim, o fato de tais 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 concreto³². 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 exercido³³. (tradução livre)

29 Ibidem. para.28.

30 Ibidem. para.36.

31 Idem.

32 Ibidem. para.46.

33 Idem.

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 irrealista³⁴. (tradução livre)

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

[...] 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 aspectos³⁵. (tradução livre)

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

34 **Vlastimir Banković and others v. Belgium and others**, Application no. 52207/99, judgment of 12 December 2001, paras.9-11[**Caso Bankovic**], para.52.

35 *Ibidem*. para.60.

estrangeiras³⁶. 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 aquiescência do Governo do referido território, exerce a totalidade ou parte dos poderes públicos normalmente exercidos por aquele Governo³⁷. (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 Humanos³⁸. Por conseguinte, ordenou o arquivamento do processo, sem análise do mérito³⁹.

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 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

36 Ibidem. paras.74-81.

37 Ibidem. para.71.

38 Ibidem. para.82.

39 Ibidem. para.85.

por soldados turcos durante a invasão ao Iraque⁴⁰. 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 caso⁴¹.

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 Europeia⁴². 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 [...]”⁴³ (tradução livre)

Em sentido contrário, as autoras defenderam que as operações militares terrestres da Turquia no Iraque foram suficientes para constituir “um controle efetivo global”, nos termos do caso *Loizidou v. Turquia*. Para tanto, foi apresentada 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 jurisdição⁴⁴. 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 habitantes⁴⁵.

Em sua análise, a Corte reafirmou que a jurisdição é essencialmente territorial, mas pode ser exercida, excepcionalmente, além das fronteiras⁴⁶.

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

⁴¹ Ibidem. para.25.

⁴² Ibidem. para.58.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Ibidem. para.63

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Ibidem. paras.67-68.

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 nacional⁴⁷. 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 subordinada⁴⁸. (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*)⁴⁹.

A grande contribuição deste 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 cometidos⁵⁰. 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 Estado⁵¹. (tradução livre)

47 Ibidem. para.69.

48 Idem.

49 Ibidem. para.70.

50 Ibidem. para.71.

51 Idem.

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.

A Corte esclareceu que este 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 território⁵².

ASPECTOS FINAIS QUANTO À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Depois de analisar os três casos em epígrafe, fica claro que, segundo a Corte de Estrasburgo, jurisdição implica 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 tornar comprovado 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 povo⁵³. Não diz respeito a qualquer submissão legal ou administrativa dos habitantes da área controlada às leis domésticas do Estado que exerce esse controle⁵⁴.

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,”⁵⁵ (tradução livre) a Corte Europeia exigiu elementos de autoridade governamental que não dizem respeito à

⁵² **Issa and others v. Turkey**, Application no. 31821/96, judgment of 16 November 2004, para.71.

⁵³ MILANOVIĆ, Op. cit., p.13.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ **Caso Bankovic**, cit., para.71.

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 controladas⁵⁶. 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 desta 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 a aplicação extraterritorial de um tratado sobre direitos humanos não depende de um controle exclusivamente territorial de um Estado sobre uma certa região, mas também pode ocorrer sobre uma única pessoa ou sobre um local restrito onde certos indivíduos estejam, seja um veículo ou um edifício. A questão a saber é se a pessoa ou o grupo limitado de pessoas está efetivamente sob o controle, autoridade ou custódia do Estado em questão, sendo este o detentor do futuro daquelas. *In fine*, haverá aplicação extraterritorial quando os direitos humanos dos indivíduos restam nas mãos do Estado, independente do controle territorial via atos de cunho soberano no local subjugado, que ainda pode estar sendo exercido pelo Estado local.

APLICAÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO COMO ÂMBITO DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DE TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS AOS ATAQUES CIBERNÉTICOS

Tendo em vista o exposto anteriormente, a *conditio sine qua non* da aplicação extraterritorial de um tratado sobre direitos fundamentais é o exercício de controle ou autoridade, sobre as pessoas no exterior, por um Estado que tenha ratificado este mesmo tratado. Assim, 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 país toda vez

56 MILANOVIĆ, Op. cit., p.26-27.

que seus agentes exerçam controle sobre a vida ou outros direitos fundamentais daquelas pessoas.

É nesse contexto que os ataques cibernéticos podem ser aplicados como meio ou instrumento para estabelecer jurisdição sobre pessoas no exterior. Através de ataques digitais, autoridades estatais podem exercer controle sobre o exercício dos direitos humanos de indivíduos sujeitos a tais ataques. No trabalho do jusinternacionalista israelense Yoram Dinstein aponta-se como exemplos de ataques cibernéticos: mortes de pacientes internados em hospitais devido à desativação à distância por hackers dos aparelhos médicos; o desligamento ou controle de computadores de obras hidráulicas e barragens, provocando a liberação da água represada contra áreas habitadas; queda de aeronaves devido ao mau funcionamento provocado nos sistemas de navegação; e o colapso do reator de uma usina nuclear, depois de sabotagens online, levando à liberação de materiais radioativos em áreas povoadas⁵⁷.

Todos esses incidentes podem ser provocados por meio de recursos exclusivamente cibernéticos, por hackers localizados a milhares de quilômetros do local onde os incidentes efetivamente estão ocorrendo. Contudo, não há que se negar que aquele que realiza tais ataques cibernéticos controla o destino das pessoas afetadas. Diante disso, caso as ações do hacker em questão sejam atribuíveis a um Estado, segundo as leis da responsabilidade internacional, este Estado exerce controle/autoridade sobre essas pessoas, de forma que suas obrigações presentes em tratados sobre direitos humanos se estenderão até elas, a fim de protegê-las.

Cita-se, como exemplo, a queda provocada de aviões. Assim que o hacker ligado ao Estado assume o controle da aeronave, ele tem o poder fático sobre o destino de todos a bordo, independente da nacionalidade destes, da localização do avião e também a própria localização do hacker que controla o avião.

⁵⁷ DINSTEN, Yoram. “Computer Network Attacks and Self-Defense”, *International Law Studies*, Vol.76, 2002, 100-119, p.105.

Se ele assim quiser, pode derrubá-lo matando todos os passageiros e tripulantes. Portanto, os deveres referentes a direitos humanos devidos por este Estado serão estendidos a todos a bordo, pois estão sobre a esfera de influência das autoridades estatais. A proteção dos direitos humanos das pessoas a bordo, ainda que temporariamente, está sob o poder fático do Estado.

Vejamos outro exemplo. Imagine que um certo haquer, contratado por um Estado, consegue assumir o controle do sistema que opera as comportas de uma usina hidrelétrica localizada em outro Estado. Logo a jusante desta usina, existe uma cidade com um milhão de habitantes, de forma que se água do lago fosse liberada em grande quantidade e de uma só vez, a cidade seria destruída. Diante disso, a partir do momento que o haquer detém o controle sobre a represa, ele também detém o controle sobre a vida dos habitantes desta cidade, pois cabe a ele decidir se essas pessoas serão ou não alvo dos efeitos desastrosos da liberação da água. Como esse haquer está atuando comandado por um Estado, a conexão de atribuição está constituída, de forma a ocorrer a aplicação extraterritorial das obrigações deste país.

Apesar disso, na prática, a determinação da aplicação extraterritorial via ataques digitais pode ser problemática, principalmente devido as táticas adotadas por haquers para evitar a sua identificação como autores dos ataques. Os métodos mais comuns são as técnicas de “usurpação de endereço de IP” (*IP spoofing*) e botnet. Na primeira, um agente substitui o endereço do Protocolo de Internet (cuja sigla e referência corriqueira é “IP”, devido à nomenclatura original em inglês “*Internet Protocol*”) de seu próprio computador pelo endereço de IP de outro usuário, podendo, assim, enviar dados de forma anônima.

No segundo método, o botnet, haquers invadem o computador de um terceiro e assumem o controle da máquina, sendo capazes de dirigir as atividades desses computadores infectados de forma remota e também anônima. Através de botnets, qualquer pessoa pode controlar qualquer computador conectado à Internet no mundo. Assim, é muito difícil discernir se um ataque

cibernético tem origem num certo computador ou se este está sendo controlado por uma terceira parte.

Por mais desastrosos que sejam os efeitos do ataque cibernético em questão, sem o elemento da atribuição, a aplicação extraterritorial de tratados sobre direitos humanos se torna inviável. A responsabilização de um Estado pelas consequências danosas de um ataque cibernético quando o elemento da atribuição não é suficientemente comprovado tornaria a atividade jurisdicional internacional perigosamente especulativa.

CONCLUSÃO

A informatização representa uma revolução do poder de controle dos Estados sobre os indivíduos, pois não há mais fronteiras a este poder. Paralelo a isso, *mister* destacar que ataques digitais podem ser devastadores aos direitos humanos de qualquer indivíduo, em qualquer local do planeta, desde que haja alguma espécie de conexão com o espaço cibernético.

Diante disso, da mesma forma que um Estado pode expandir seu domínio sobre qualquer lugar, veículo ou pessoa, também segue com ele as suas obrigações referentes a direitos humanos. Defender o contrário exporia o ser humano à arbitrariedade dos Estados e os deixaria sem amparo legal diante de violações de seus direitos. Assim, a aplicação extraterritorial de tratados sobre direitos humanos, condicionada a este controle fático estatal, ainda que somente cibernético, é a forma e o fundamento desta expansão da eficácia de tratados desta natureza para além das fronteiras territoriais físicas dos Estados. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”,** Costa Rica, 22 November 1969.
- Budapest Convention on Cybercrime,** ETS No. 185, Council of Europe, Budapest, 23 November 2001.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,** New York, 26 June 1987.
- Convention on the Rights of the Child,** New York, 20 November 1989.
- DINSTEIN, Yoram. “Computer Network Attacks and Self-Defense”, **International Law Studies**, Vol.76, 2002, 100-119, p.105.
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,** ETS 5, 4 November 1950.
- International Covenant on Civil and Political Rights,** 999 U.N.T.S. 171, 16 December 1966.
- International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance,** 2716 U.N.T.S. 3, 20 December 2006.
- Issa and others v. Turkey,** Application no. 31821/96, judgment of 16 November 2004.
- Loizidou v. Turkey, Preliminary Objection,** Application no. 15318/89, judgment of 23 March 1995.
- Loizidou v. Turkey,** Application no. 15318/89, judgment of 18 December 1996.
- MILANOVIĆ, Marko. “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, **Human Rights Law Review**, vol. 8, 2008, p.1-40.
- ROSCINI, Marco. **Cyber Operations and the Use of Force in International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- SCHREIER, Fred. **On Cyberwarfare**, Working Paper No.7, Geneva: Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2012.
- Statute of the International Court of Justice,** 33 UNTS 331, 26 June 1945.
- SWANSON, Lesley. “The Era of Cyber Warfare: Applying International Humanitarian Law to the 2008 Russian-Georgian Cyber Conflict”, **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 32, 2010, 303-333.
- Vlastimir Banković and others v. Belgium and others,** Application no. 52207/99, judgment of 12 December 2001.

TRANSNACIONALIDADE NA REDE: INTRODUÇÃO À GOVERNANÇA DA INTERNET E AO NETMUNDIAL

Kimberly de Aguiar Anastácio¹

INTRODUÇÃO

Em um ambiente multissetorial e intrinsecamente plural, é difícil definir a forma como as decisões são tomadas e como um meio passa a ser padronizado. A Internet representa o impasse de se entender a governança global no âmbito digital por trazer, em si, múltiplos atores dispersos por todo o globo, na ausência de um poder centralizado em um território específico.

Na Internet, é possível identificar regimes orgânicos entrelaçados que dirigem a vida cotidiana mundial de forma transnacional, encontrando traços globais nas esferas locais. Nesse sentido, há espaço para novos atores e movimentos interferirem na governança da Internet. Esses atores balanceiam o peso tradicional dado aos Estados e dão protagonismo para países de democracia recentes e/ou em desenvolvimento.

Em Abril de 2014, no Brasil, ocorreu um evento que serve como um ilustrativo dessa governança: o NETmundial, Encontro Multissetorial Global sobre o Futuro da Governança da Internet. Esse evento reuniu entidades internacionais, representantes do setor privado, diversos países e *stakeholders* envolvidos com a governança cibernética em prol da construção de princípios para o controle da Internet e de diretrizes futuras para a cooperação nesse ambiente.

¹ Graduanda em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Compôs a 2ª Turma da Escola de Governança da Internet, promovida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil. Atualmente, faz parte do Instituto Beta para a Internet e a Democracia – IBIDEM – e pesquisa sobre multissetorialismo e relações na rede.

O capítulo busca demonstrar, a partir do NETmundial, como os *stakeholders*, sobretudo aqueles que não estão inseridos em nenhuma lógica explicitamente local, unem-se na regulação da Internet. Expõe ainda os futuros desafios para a cooperação internacional quanto à Rede, enfatizando a proeminência do setor privado, a influência de *experts* e de países em desenvolvimento nos discursos e fóruns sobre o tema.

Para tanto, o trabalho investiga, a partir de uma breve análise documental, a criação do Encontro NETmundial. O processo de formulação, os materiais elaborados e as falas proferidas no evento são estudados por meio de uma análise de discurso.

Com base na análise dos dados, o capítulo levanta hipóteses para a relação do NETmundial com a governança da Internet e a possível proeminência de países em desenvolvimento no que tange à criação de legislação para a Rede, sobretudo com enfoque no caso brasileiro.

Inicialmente, traça-se uma breve introdução à governança da Internet, analisando a sua relação com a governança global como um todo. Em sequência, o modelo multissetorial e atores-chave nas discussões sobre o tema são apresentados. Posteriormente, os esforços brasileiros na construção de um arcabouço institucional para a regulação da rede são expostos. Por fim, analisa-se o Encontro NETmundial, sua formulação, andamento e consequências para as discussões futuras sobre a rede.

O trabalho conclui que a natureza transnacional e multissetorial da governança da Internet pode servir como um catalisador da atuação de países em desenvolvimento e de atores advindos dessas localidades. Ademais, traça desafios futuros para o andamento da regulação da Internet com enfoque no caso brasileiro.

GOVERNANÇA GLOBAL NA INTERNET

Entender a governança da Internet requer uma compreensão da governança global como um todo. No ambiente digital, as decisões tendem a ter um grau de reciprocidade constante entre atores e regiões. Com isso, uma definição clara do que é estritamente local e o que é notadamente global é tarefa complexa.

A discussão sobre a governança global e as novas formas de regulação, portanto, abrange o cerne da governança da Rede. Destaca-se a existência, no sistema mundial, de uma governança multilateral e multissetorial com autoridade política difusa. Nesse contexto, o Estado-nacional é transformado pela consolidação de blocos regionais, de órgãos internacionais, de ONGs transnacionais, de ondas de movimentos sociais e de novas formas de regulação. Existe, então, uma manutenção descentralizada e horizontal da ordem em que há uma implicação recíproca entre os diversos atores do mundo, sejam eles Estados ou não, com uma frequente diminuição das hierarquias regulatórias².

Essa governança é um processo dinâmico em que leis públicas e privadas, nacionais e internacionais, possuem fronteiras que se cruzam. Além disso, ela sustenta a sua existência em mecanismos (*rankings*, indicadores, experts, empresas de risco entre outros) que apresentam uma ideia de autoridade econômica, legal, científica ou moral para si. Dessa forma, é possível afirmar que não há uma fonte única de governança e formulação de regulação no globo.

A governança global, portanto, afirma a existência de fronteiras regulatórias que dialogam entre si, gerando uma ordem que se manifesta aos diversos atores e atividades do globo em vários níveis por meio de novos mecanismos institucionais³.

2 OPPERMAN, Daniel. **Cooperation and Conflict in Multistakeholder Governance Processes: The Case of Internet Governance with a Focus on Internet Filtering**. CEBRI, Volume 3, ano IV, 2009. Disponível em: <http://danieloppermann.com/images/pdf/CEBRI_Oppermann.pdf>. p.05

3 DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. Introduction: A world of governance: The rise of transnational regulation. In: **Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation**. Cambridge University Press, 2006.p.1

O funcionamento e regulação da *Internet* é um bom exemplo de como essa governança global pode ser percebida, por ser uma ordem legal para além do Estado-nacional. Ferramenta recente na história mundial, a Internet se mostra como um desafio aos governos por reunir em si diversos *stakeholders* atuando em conjunto na evolução da Rede. Tecnicamente, a manutenção dos mecanismos básicos para o funcionamento desse meio está bastante relacionada às empresas privadas de capital internacional cujas sedes estão em países desenvolvidos. É o exemplo da ICANN (Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números), organização sem fins lucrativos localizada nos Estados Unidos, responsável, entre outras funções, pela distribuição de números de “Protocolo de Internet” (IP).

No âmbito do capital privado, há exemplos de grandes corporações como o *Google* e o *Facebook* que criam mecanismos próprios de regulação sem a existência de um direito positivado ou de uma constituição completa unificada da Internet. As pessoas aderem a essas redes aceitando seus termos e condições sem, no entanto, existir uma Constituição Global da Internet regulamentando as relações digitais. Há ainda a presença da academia, da sociedade civil e de corpos técnicos que constroem redes de influência e atuação para afetar e participar da governança da Internet.

Além disso, atores tipicamente internacionais como a ONU, o Banco Mundial e a Corte Internacional de Justiça também estão inseridos nessa problemática. Para reunir todos esses atores, conferências em prol da construção plural e multissetorial de diretrizes para a governança da Internet ocorrem periodicamente com uma frequência cada vez maior.

Outra marca da globalização da Internet está na existência de questões judiciais que ocorrem dentro da rede mundial de computadores e que tendem a envolver pessoas de diferentes países, complicando, assim, uma tomada de decisão unilateral por uma das partes. Considerando que a regulação da Internet não é legalmente única para todo o globo, essa situação é agravada. Carece, portanto, de uma interferência conjunta de forma transnacional.

Há ainda a presença de *experts* de todas as áreas envolvidas na manutenção da *Internet* – da área técnica até a jurídica. O peso da produção desses especialistas acaba por delimitar muito da atuação na Rede, da mesma forma como a influência dos especialistas interfere em outras áreas de conhecimento. Com isso, muitas decisões sobre o funcionamento da *Internet* ficam limitadas a um conhecimento técnico concentrado em *experts* específicos.

Entretanto, a presença desses atores diversos não necessariamente implica na ausência de importância do Estado. Na verdade, países como o Brasil têm se esforçado para produzir regulação interna para questões da *Internet*. É o caso do Marco Civil da *Internet* brasileiro. Aliás, esse é um bom exemplo não só da atuação estatal na governança desse meio, mas também da presença de atores da sociedade civil e do mercado privado no debate da construção da regulação da *Internet*. Isso porque a construção do Marco passou por intensos períodos de discussão popular e de disputa política em plataformas *online* e *offline*.

Com isso, percebe-se como a governança da *Internet* é mais subjetiva, multifacetada e global que o que tradicionalmente se entende por governança nacional ou regional. Assim, em todas as esferas de contato entre atores e de produção de padrões de regulação é possível perceber a transnacionalidade da Rede por sua presença e influência global, naquilo que é considerado local.

STAKEHOLDERS E O PROCESSO DE FORMAÇÃO DA GOVERNANÇA DA INTERNET

Não é possível definir os limites da governança da *Internet*. Ainda assim, é possível identificar instâncias reguladoras que buscam traçar diretrizes para o bom funcionamento desse meio. O funcionamento da Rede Mundial só é possibilitado graças ao esforço agregador de diversos *stakeholders* envolvidos na sua manutenção, uso e regulação.

Idealmente, governos, empresas, *experts*, acadêmicos e a sociedade civil se unem em prol da criação de mecanismos reguladores da Rede. Na base da

insurgência desses atores está o multissetorialismo, mecanismo tido como pedra fundamental para o bom funcionamento da Internet. Segundo esse modelo, os mais diversos *stakeholders* interessados e afetados pela regulação da rede se coordenam na construção de um arcabouço ordenador da Internet.

A partir do modelo multissetorial, pode-se dividir simplificadamente a governança da Internet em três pontos: os atores, os temas de discussão e o *framework* em que ocorre essa governança. Como atores, há a comunidade acadêmica, as organizações internacionais, o setor privado, os indivíduos, os Estados, as organizações não-governamentais, as organizações profissionais e as entidades técnicas⁴.

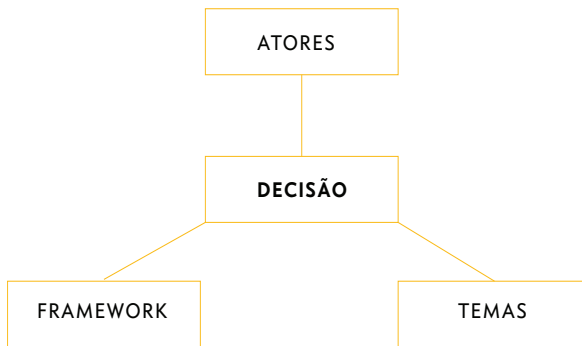
A discussão entre esses atores diversos, por sua vez, necessita de um *framework*, de uma estrutura, para acontecer. Ela pode ocorrer de forma local, nacional (no parlamento e no governo), regional, autorregulada ou global (através de organizações internacionais, associações profissionais ou mesmo da relação entre indivíduos da sociedade civil).

Já os temas dessas discussões, embora difusos e em processo de construção, tendem a ser consensuais em conteúdo. O debate relacionado à Internet costuma girar ao redor do mesmo eixo temático possivelmente por causa de seu caráter internacional intrínseco. Nesse aspecto, destacam-se temas sobre jurisdição e neutralidade de rede, e-comércio, cibercrimes, padronização e inclusão digital, controle de conteúdo, privacidade e vigilância, diversidade cultural, inovação e transparência na rede.

É a partir da intersecção desses três pontos (os atores, o *framework* e os tópicos de discussão) que as decisões no âmbito digital se consolidam: *stakeholders* debatem em algum meio um tema específico. A grande dificuldade de se

⁴ GELBSTEIN, Eduardo; KURBALIJA, Jovan. **Governança da internet: questões, atores e cisões.** DiploFoundation e Global Knowledge Partnership. Disponível em: <<http://archive1.diplomacy.edu/pool/fileInline.php?IDPool=590>>. p.163.

definir com exatidão como a Internet é governada reside, então, na pluralidade de atores, temas e *frameworks* envolvidos na questão.



Além disso, por se tratar de uma rede mundial, o controle puramente nacional ou regional da Internet é impossibilitado em razão de seu funcionamento atrelado a associações e empresas técnicas que extrapolam o poderio de um Estado específico. Entre as autoridades técnicas, destacam-se a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN), a Autoridade para Atribuição de Números da Internet (IANA), a Força-Tarefa de Pesquisa da Internet (IRTF), o Serviço de Autenticação da Internet (IAS), o Consórcio da Rede Mundial de Computadores (W₃C) e a União Internacional de Telecomunicações (UIT).

De forma especial, a ICANN é quem coordena os componentes técnicos da Internet a nível global. A Corporação é uma empresa sem fins lucrativos advinda de uma parceria público-privada formada nos Estados Unidos em 1988. Ela é responsável por administrar os componentes técnicos da Internet e está vinculada ao Departamento de Comércio dos Estados Unidos.

Atualmente, a ICANN é dirigida por um Conselho de Diretores provenientes de diversos países. Esse Conselho supervisiona o processo de elaboração de políticas da corporação. Além disso, o Presidente da ICANN dirige uma equipe internacional multissetorial espalhada pelos continentes. Na estrutura da

ICANN, portanto, governos e organizações criadas por tratados internacionais trabalham em parceria com empresas e indivíduos capacitados, envolvidos na construção e manutenção da Internet.

Há ainda comitês consultivos específicos de atores globais auxiliando na administração da ICANN. É o caso do GAC (Comitê Consultivo Governamental), que abarca representantes de governos do mundo todo, do ALAC (Comitê Consultivo Geral), com representantes da sociedade civil, o RSSAC (Comitê Consultivo para o Sistema de Servidores-Raiz), conselho técnico sobre servidores raiz, o SSAC (Comitê Consultivo em Segurança e Estabilidade) com especialistas em ciber-segurança, e o TLG (Grupo de Articulação Técnica), composto por grupos técnicos internacionais interessados na Internet.

Ademais, cabe à ICANN o controle do uso de nomes de domínios na Internet (.com, .org, .net, .br, .fr, .uk), além do estabelecimento de parâmetros técnicos para a conexão de computadores entre países. Isso significa que o acesso a sites e máquinas em todo o mundo depende de um sistema central promovido pela ICANN que organiza e identifica cada componente da Internet como único, seja ele um endereço de site ou uma informação de servidores de rede.

Vale destacar que, desde o ano de sua criação, a ICANN se propôs a prezar por quatro princípios básicos destrinchados em um Artigo Técnico dos Estados Unidos sobre a Governança da Internet. São eles: a estabilidade, a competição, a coordenação *bottom-up* privada e a representação⁵.

Segundo o artigo, a estabilidade se faz necessária, pois o funcionamento da rede mundial não deve ser interrompido e cabem à ICANN muitos dos mecanismos responsáveis pela operação de estruturas-chave e de domínios-raiz. A competição, por sua vez, tem sua importância dado o estímulo à inovação e criatividade que gera. Já a representação relaciona-se com a existência

5 White Paper, Departamento de Comércio dos Estados Unidos, 1998. Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/white-paper-2012-02-25-en>>.

de um sistema controlador que abarque acionistas e profissionais espalhados geograficamente.

Essa preocupação em garantir representação nas decisões sobre o futuro da Rede gerou um evento que se consolidou como um grande marco no processo de governança da Internet: a Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI). A CMSI ocorreu em duas fases: uma em Genebra, em 2003, e a outra em Túnis, em 2005, ambas promovidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) com o suporte da União Internacional de Telecomunicações (UIT).

A União Internacional de Telecomunicações (UIT) é a agência da ONU especializada em tecnologias de informação e assuntos de comunicação, regulando a padronização das ondas de rádio e telecomunicações internacionais. Antigamente, a UIT era conhecida como União Internacional de Telégrafos, criada ainda em 1865. A agência, em conjunto com a ONU, promoveu a cúpula como uma forma de gerar discussão global sobre o acesso à Internet e a integração da Sociedade da Informação.

Em 2003, a CMSI reuniu representantes de 175 países. Embora um plano de ação e uma declaração de princípios tenham sido traçados nas negociações da cúpula, o encontro não trouxe diretrizes específicas para a governança da Internet. Ainda assim, foi nesse encontro de 2003 que um importante ator na governança da Rede tomou forma: o Grupo de Trabalho sobre a Governança da Internet (GTGI), agrupamento do tipo multissetorial, com representantes de vários setores, lugares e especialidades.

Cabia ao GTGI a investigação de propostas sobre governança a serem apresentadas na cúpula de 2005 para uma definição da governança da Internet e dos papéis que governos e organizações internacionais (incluindo o setor privado e a sociedade civil) deveriam possuir. O relatório final proposto pelo Grupo de Trabalho clamava pela criação de um novo fórum multissetorial. Outras propostas incluíam a criação de um Conselho Global da Internet que retirasse o papel de vigilância dos Estados Unidos sobre a ICANN, bem como

a garantia de maior representatividade e abertura ao debate sobre a administração dessa corporação.

Tão logo houve a cúpula de 2005 e, seguindo as orientações do GTGI, foi estabelecido o Fórum da Governança da Internet (FGI), cuja primeira reunião se deu em 2006 na cidade de Atenas. Até hoje, o Fórum não possui poder decisório, mas serve como espaço de decisão que pretende ser inclusivo a todas as nações, sobretudo aos países em desenvolvimento. A participação no Fórum é livre a qualquer interessado, tanto em seus encontros anuais, quanto por meio de listas de discussão e grupos de email via Internet.

Após a criação do FGI, muitos outros fóruns foram instituídos para tratar de temas correlatos. Um exemplo é a 1net, grupo de discussão também multissetorial que funciona como plataforma aberta. A 1net surgiu a partir da Declaração de Montevideú sobre o Futuro da Cooperação na Internet, documento criado em 2013 por líderes de organizações envolvidas com o funcionamento técnico da Internet como a própria ICANN, o *World Wide Web* Consórcio e vários Registros Regionais de Endereços de Internet.

A declaração, posterior ao escândalo de vigilância estadunidense acusada por Edward Snowden⁶, salientava a importância de uma operação coerente da Internet a nível global e alertava para uma possível fragmentação da Internet no âmbito nacional, pontuando de forma negativa os casos de vigilância generalizada na rede. Salientava ainda a necessidade de se acelerar o processo de globalização, há tanto debatido, da ICANN e das funções da IANA, retirando da Corporação a sua ligação com o governo dos Estados Unidos⁷.

O esforço conjunto da 1Net com o governo brasileiro a partir da preocupação com o caso de vigilância por parte do governo dos EUA foi o que gerou

6 Para maiores informações sobre o assunto, veja “Edward Snowden: a timeline”, Disponível em: <http://www.nbcnews.com/feature/edward-snowden-interview/edward-snowden-timeline-n114871>

7 Declaração de Montevideú, 2013. Disponível em: <<https://www.icann.org/news/announcement-2013-10-07-en>>.

os primeiros passos na direção da criação da NETmundial, sobretudo em razão da proeminência do Brasil nos debates sobre o tema. A Presidente Dilma Rousseff, inclusive, levou a vigilância digital ao debate em sua fala inaugural da Assembleia Geral da ONU de 2012.

O QUE É O MODELO MULTISSETORIAL?

A singularidade no surgimento da Rede Mundial de computadores trouxe, além de um número muito elevado de *stakeholders* envolvidos na sua manutenção, inovações em diversas áreas do conhecimento. Tecnicamente, a Internet demanda um campo temático próprio, com descobertas, padrões e marcos teóricos específicos. Um exemplo está em uma palavra frequentemente utilizada em discursos sobre governança da Internet: o multissetorialismo.

O princípio do multissetorialismo ganhou força a partir da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (CMSI), que definiu que a governança da Internet deveria envolver todos os *stakeholders*. Na Agenda de Túnis, desenvolvida no CMSI de 2005, o termo foi destacado como princípio fundamental para o funcionamento da Internet. Esse modelo se propagou grandemente no Fórum da Governança da Internet (FGI) em 2006 e tem sido presente desde então como pressuposto nas discussões sobre a governança da rede. Notadamente, ao longo do NETmundial, o termo esteve presente em quase todos os discursos.

Ainda assim, embora haja uma difusão do multissetorialismo no debate cibernético, tanto nas teorias políticas quanto nas organizacionais, o seu estudo é bastante incipiente no Brasil. Quando muito, sua análise teórica está atrelada mais uma vez à governança da Internet. Não há, portanto, uma forte teoria do multissetorialismo desligada dos círculos da governança da Rede no país.

Uma definição institucional dessa governança é a criada em Túnis, em 2005, na Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, segundo a qual a governança da Internet é o desenvolvimento e aplicação pelos governos, pelo setor

privado e pela sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios compartilhados, normas, regras, procedimentos de tomada de decisão e programas que moldam a evolução e o uso da Internet⁸.

Já Raymond e DeNardis definem o multissetorialismo como a união de duas ou mais classes de atores engajados sobre assuntos que eles consideram públicos por natureza, em um ambiente comum de governança caracterizado por relações poliárquicas de autoridade firmadas por normas procedimentais⁹.

Nessa ótica, o multissetorialismo não é necessariamente um substituto para outras formas de governança ou um sinal do desaparecimento dos Estados-nação. Na realidade, ele busca unir estruturas pré-existentes, como os governos, a sociedade civil, as empresas, as organizações internacionais, provendo uma forma de fazer seus modelos de governança próprios interoperáveis em um só objetivo.

Mesmo assim, é comum o uso indiscriminado do termo sem uma acurada definição. O multissetorialismo acaba se tornando um equivalente para participação igualitária entre atores no manejo de recursos globais cibernéticos.

Essa tendência não agrada a todos. Historicamente, houve aqueles que davam preferência a um outro modelo, o multilateral, para as relações na Rede. Para o multilateralismo, seria preferível que a Internet fosse governada através de um corpo intergovernamental (nos moldes da ONU ou da UIT), já que o modelo multissetorial privilegiaria países mais ricos atrelados às empresas que estavam por trás da criação e do desenvolvimento da Internet. Esse debate era dividido, de forma simplista, entre aqueles que defendiam uma Internet livre, aberta, baseada nos direitos humanos e multissetorial e aqueles que prezavam

8 Tunis Agenda for the Information Society, 18 de Novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/wsis/docsz/tunis/off/6rev1.html>>. para. 34.

9 DENARDIS, Laura; RAYMOND, Mark. **Thinking Clearly about Multistakeholder Internet Governance**. Oitavo Simpósio Annual da GigaNet, Bali, Indonésia, 2013. Disponível em: <<http://www.phibetaiota.net/wp-content/uploads/2013/11/Multistakeholder-Internet-Governance.pdf>>. p.2.

pela extensão da soberania nacional ao ciberespaço¹⁰. Essa dicotomia entre os proponentes de uma regulação tradicional com ênfase nas autoridades inter-governamentais e os proponentes do modelo multissetorial (uma espécie de ciberlibertarianismo de mercado livre), embora tenha liderado os debates de governança da Internet por muito tempo, tem perdido espaço.

Surgem, então, expoentes que questionam a eficácia do multissetorialismo para a governança da Internet. Segundo essa lógica, ainda que esse modelo tenha permitido que vários atores não estatais participassem nos processos de governança da Internet, ele não levou necessariamente a um número maior de interesses ou grupos representados nas discussões. Na verdade, muitas vezes o modelo acabou gerando uma superrepresentação de alguns atores de países ocidentais negligenciando os países do dito Sul (possivelmente pela falta de atores empresariais e redes independentes da sociedade civil engajadas nesses países).

Sobretudo a partir do escândalo de vigilância denunciado por Snowden, a confiança no multissetorialismo e na influência estatal a algumas corporações como a ICANN foram abaladas. Além do questionamento quanto ao real poder de força dos setores privados na balança dos *stakeholders*, começou-se a questionar a ausência do entendimento clássico da democracia nos documentos e falas sobre o tema. Uma inquietação quanto à proeminência do multissetorialismo (termo que não possui um significado teórico consolidado e que pode apresentar múltiplas interpretações a depender do interlocutor) em detrimento da valorização da democracia na governança da Internet começou a intrigar certos atores. A questão principal é que, para alguns, a ideia de um multissetorialismo democrático poderia passar uma noção nacional, Estatal, visão essa bastante distante do ideal de rede. Por isso, persiste, nas instâncias

10 POHLE, Julia. **Multistakeholderism unmasked: How the NetMundial Initiative shifts battlegrounds in internet governance.** Coluna do Global Policy, 2015. Disponível em: <<http://www.globalpolicyjournal.com/blog/05/01/2015/multistakeholderism-unmasked-how-netmundial-initiative-shifts-battlegrounds-internet>>.

relacionadas à governança da Internet, o catecismo do multissetorialismo desatrelado até mesmo de termos democráticos.

Em duas plataformas, esse modelo pode ser analisado empiricamente: na ICANN e no FGI. Nos dois casos, preza-se pela participação plural e basicamente incondicional dos interessados e/ou envolvidos com a governança da rede. De forma similar, em ambos é possível perceber a presença dos mais diversos setores da rede mundial. Ainda assim, tanto na ICANN quanto na IGF, é difícil destrinchar como (e por quem) as decisões finais são tomadas e qual o papel dos governos nos dois casos.

Há ainda duas outras visões que por muito tempo permearam os debates. São elas a ideia de uma autorregulação irrestrita centrada na comunidade técnica e acadêmica (como imaginado pelos pioneiros ciberlibertários da Internet) e a ideia de uma semi-abstenção total da regulação governamental na Internet (como proposto originalmente pela ICANN). Considerando essas duas visões que, ou liberalizam em excesso a regulação ao meio técnico ou minimizam em excesso o papel controlador dos Estados, o multissetorialismo parece um meio-termo agradável para todos os envolvidos.

Com isso, embora para muitos a Internet seja uma forma embrionária de uma democracia transnacional, o modelo multissetorial pode, na verdade, significar uma forma elitista de governança a partir de atores transnacionais mais influentes ou com mais expertise. Nessa ótica, a institucionalização da Internet — sobretudo a partir dos anos 1990 — trouxe em si um período de definição da elite da rede mundial ao redor de experts técnicos e instituições de peso (principalmente localizadas nos EUA, como a ICANN)¹¹.

¹¹ CHENOU, Jean-Marie. **Classic Elite Theory, Global Democratic Governance and the Emergence of Global Elites. Is Internet governance a democratic process? Multistakeholderism and transnational elites.** IEPI - CRII Université de Lausanne. ECPR General Conference 2011 Section 35, Panel 4. Disponível em: <<http://ecpr.eu/filestore/paperproposal/1526f449-d7a7-4bed-b09a-31957971ef6b.pdf>>. p. 7-8.

REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

O Brasil possui um histórico antigo e pioneiro em aspectos de governança da Internet. O país instituiu o Comitê Gestor da Internet (CGI.br), criado através de uma Portaria Interministerial de 1995 emendada por um Decreto Presidencial em 03 de Setembro de 2003. Desde sua criação, o CGI.br busca estabelecer, de forma plural, diretrizes relacionadas ao uso e ao desenvolvimento da internet no Brasil.

O comitê é o responsável por questões técnicas, como a formulação de diretrizes para o registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração do Domínio “.br”. De forma geral, o comitê ainda se ocupa com a promoção de estudos e recomendações de procedimentos para a segurança da Internet, coordenando todos os serviços de Internet no país e promovendo a qualidade técnica e a disseminação dos serviços disponíveis.

Seguindo o princípio multissetorial, o comitê é composto por 9 representantes do setor governamental, 4 do setor empresarial, 4 do terceiro setor, 3 da comunidade científica e tecnológica e 1 “representante de notório saber em assuntos de Internet”. Os representantes são eleitos para um mandato de três anos passíveis de reeleição. As eleições ocorrem a partir dos votos de um colégio eleitoral composto por entidades representativas de cada setor. Ademais, em suas decisões, o Comitê busca envolver a participação da sociedade nas questões de uso e funcionamento da internet, prezando idealmente pela transparência e pela democracia.

Há ainda muitas instâncias preocupadas com a governança da internet e uma infinidade de outras organizações, empresas e centros especializados em questões da rede no Brasil. Destaca-se a existência do Partido Pirata, do Instituto Beta para Internet e Democracia, do Laboratório Hacker promovido pela Câmara dos Deputados e de diversos centros acadêmicos de estudos especializados em relações cibernéticas.

Para além da Sociedade Civil, há ainda Ministérios e Representações Diplomáticas que se envolvem na regulação da rede. Como exemplo, destaca-se o esforço do Ministério da Justiça quando da discussão do Marco Civil. De forma similar, o Congresso Nacional e a Presidência da República constantemente legislam sobre temas caros à rede. Ademais, a própria Secretaria-Geral da Presidência foi responsável por uma série de eventos ligados ao NETmundial.

O NETMUNDIAL E SEUS EFEITOS

O Netmundial, Encontro Multissetorial Global sobre o Futuro da Internet, foi uma iniciativa pensada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e a /1Net. A ideia de criação de um encontro entre os *stakeholders* sediado em um país afastado do centro tradicional das decisões da rede ganhou espaço sobretudo graças às denúncias de Snowden.

Durante os dias 23 e 24 de Abril de 2014, 1480 representantes de 97 países (incluindo participação remota) reuniram-se em prol da criação de princípios de governança para a Internet através de um roteiro para a evolução futura desse ambiente. A ideia principal era a construção de políticas estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da internet, inseridas no contexto global e pautadas pela participação geral dos atores.

Para tanto, estiveram no encontro representantes da sociedade civil, do setor privado, da academia e da comunidade técnica. A logística se deu através de comitês. O Comitê Multissetorial de Alto Nível, composto por representantes de nível ministerial de 12 países, (África do Sul, Alemanha, Argentina, Brasil, Coreia do Sul, Estados Unidos da América, França, Gana, Índia, Indonésia, Tunísia e Turquia), 12 membros da comunidade multissetorial internacional, representantes da UIT e do Departamento para Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas e por uma representação da Comissão Europeia foi o responsável pela supervisão da estratégia global do

evento e pelo envolvimento da comunidade internacional em torno dos temas que foram discutidos na reunião.

Já o Comitê Multissetorial Executivo ficou responsável pela agenda da reunião, seu formato, convite a participantes e por gerenciar as Contribuições de Conteúdo recebidas, assegurando a participação equilibrada da comunidade global. Esse comitê foi formado por nove membros internacionais, incluindo representantes das comunidades técnica, civil e acadêmica, do setor privado e do departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas. O Comitê de Logística e Organização e o Conselho de Assessores Governamentais, por sua vez, ficaram responsáveis pelos pormenores da organização do evento.

Uma carta-base com princípios para a internet foi elaborada e disponibilizada antes do início do evento para uma discussão *online* ampla. Todos os comentários ao texto ficaram disponíveis na internet e foram levados em consideração para a elaboração do texto oficial.

De forma geral, o encontro foi dividido em duas linhas. Uma discutiu quais deveriam ser os princípios norteadores universais para a internet em todos os países. A segunda debateu a evolução do cenário de governança da internet e sua expansão, buscando garantir uma coordenação multissetorial¹².

Paralelamente à NETmundial, ocorreu também em São Paulo a Arena NETmundial, evento pensado e organizado pela Secretaria-Geral da Presidência da República que contou com palestras, debates e shows abertos a quem tivesse interesse. A proposta do evento era democratizar ainda mais a participação, simplificando e abarcando um maior número de pessoas nas discussões da NETmundial.

¹² GETSCHKO, Demi. Tecnologia da informação na Gestão Pública. In: **Revista Fonte**. Prodemge, Ano 11, número 14, 2014, p. 7.

Seis meses após os eventos, surgiu a Iniciativa Multissetorial NETmundial (INM), uma plataforma online pensada para proporcionar soluções *bottom-up* para o ecossistema em rede. A iniciativa é mantida pela CGI.br, pela Corporação para Atribuição de Nomes e Números da Internet e pelo Fórum Econômico Mundial.

O motivo norteador principal da plataforma é fazer com que os princípios traçados pela NETmundial passem a ser tangíveis a partir de mecanismos de políticas públicas e soluções inovadoras propostas. O foco, então, está na cooperação global em prol de soluções amplamente divulgadas e adotadas livremente por organizações ou nações.

A iniciativa é liderada por um conselho geral formado por representantes escolhidos por cada setor. Algumas organizações da sociedade civil como a *JustNet Coalition* e a *Internet Society*¹³ (ISOC) se abstiveram de participar da plataforma por acreditar que o envolvimento da indústria está muito forte na INM (vide a presença do FEM). Além disso, muitos criticam a falta de transparência na criação e lançamento da iniciativa.

Ainda assim, é possível perceber que o NETmundial trouxe mais para a governança da internet do que apenas uma plataforma colaborativa. O evento tornou-se um marco para as futuras negociações sobre a rede. Ademais, de forma local, o evento integrou e informou muitas pessoas no Brasil sobre a governança da internet, sobretudo considerando que o encontro ocorreu em um momento de conclusão do Marco Civil da Internet no país.

Além disso, a construção e andamento do evento demonstraram a característica global da governança global no âmbito da rede em ao menos dois aspectos. Em primeiro lugar, o NETmundial foi criado a partir de uma instigação global advinda dos casos de vigilância anunciados por Snowden. Dessa forma,

¹³ Veja as declarações completas em: <<http://justnetcoalition.org/NMI-neoliberal-caravan>> e <<http://www.internetsociety.org/news/internet-society-statement-netmundial-initiative>>.

a sua motivação se deu através de um problema global que levantou expectativas e interesse de todo o globo em um mesmo período. Em segundo, o evento contou com a participação de *stakeholders* de vários lugares em todos os setores. Para além de uma ampla participação de países, o evento contou com a participação de muitos atores não estatais espalhados por todo o globo.

CONCLUSÃO

Embora o NETmundial não tenha criado uma Declaração Global com força para mudar significativamente a governança da internet no curto prazo, o evento foi historicamente importante, dado o momento específico em que ele ocorreu, sinalizando a possibilidade de uma mudança na balança de poder global em direção a localidades e atores que não se encontram nos centros decisórios mundiais.

No mesmo sentido, o evento e a própria lógica multissetorial das decisões da internet servem como exemplo da governança global nas relações entre atores na medida em que demonstra impactos globais em instâncias locais.

Ainda assim, as decisões tomadas quanto à regulação da internet ainda carecem de mais transparência, conforme exemplo da criação da Iniciativa NETmundial. A própria participação de *stakeholders* e a inclusão de grupos no ambiente da regulação da rede necessita de melhorias.

Destaca-se que a natureza global e agregadora de vários *stakeholders* presentes na internet ao longo do NETmundial expõe a capacidade da governança da rede de promover uma maior atuação de países em desenvolvimento e de atores advindos dessas localidades na criação de soluções e inovações para a regulação da rede. A formulação de um evento da magnitude do NETmundial a partir do interesse de um país como o Brasil demonstra que há espaço na governança da internet para regiões que, em outras áreas decisórias, possuem menos voz.

A governança da internet, portanto, traz em si um grau de reciprocidade entre atores e regiões que mescla os efeitos locais e globais das suas decisões. Com isso, novas formas de regulação e de deliberação multilateral e multissetorial se consolidam; vide o exemplo do NETmundial e a existência de uma autoridade política difusa na rede. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. The Electronic Frontier Foundation, 1996. Disponível em: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>

CHENOU, Jean-Marie. **Classic Elite Theory, Global Democratic Governance and the Emergence of Global Elites. Is Internet governance a democratic process? Multistakeholderism and transnational elites**. IEPI – CRII Université de Lausanne. ECPR General Conference 2011 Section 35, Panel 4. Disponível em: <<http://ecpr.eu/filestore/paperproposal/1526f449-d7a7-4bed-b09a-31957971ef6b.pdf>>

DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. Introduction: A world of governance: The rise of transnational regulation. In: **Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation**. Cambridge University Press, 2006.

DENARDIS, Laura; RAYMOND, Mark. **Thinking Clearly about Multistakeholder Internet Governance**. Oitavo Simpósio Annual da GigaNet, Bali, Indonésia, 2013. Disponível em: <<http://www.phibetaiota.net/wp-content/uploads/2013/11/Multistakeholder-Internet-Governance.pdf>>.

Declaração de Montevidéu, 2013. Disponível em: <<https://www.icann.org/news/announcement-2013-10-07-en>>

DENARDIS, Laura. **The Privatization of Internet Governance**. Fifth Annual GigaNet Symposium, Vilnius, Lithuania, 2010. Disponível em: <<http://api.ning.com/>>

GATTO, Raquel F; MOREIRAS, Antonio M.; GETSCHKO, Demi. **Governança da Internet: conceitos, evolução e abrangência**. 27º Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos. Livro Texto dos Minicursos. Disponível em: <<http://www.lbd.dcc.ufmg.br/colecoes/sbrc/2009/081.pdf>>

GELBSTEIN, Eduardo; KURBALIJA, Jovan. **Governança da internet: questões, atores e cisões**. DiploFoundation e Global Knowledge Partnership. Disponível em: <<http://archive1.diplomacy.edu/pool/fileInline.php?IDPool=590>>

GETSCHKO, Demi. **Tecnologia da informação na Gestão Pública**. In: Revista Fonte. Prodemge, Ano 11, número 14, 2014, Disponível em: <http://www.prodemge.mg.gov.br/images/revistafonte/revista_14.pdf>

MUELLER, Milton and WAGNER, Ben. **Finding a Formula for Brazil: Representation and Legitimacy in Internet Governance**. Internet Governance, 2013. Disponível em: <http://www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/MiltonBenWPdraft_Final_clean2.pdf>

MUELLER, M. (2013b). **Revisiting 'roles:' On the agenda for Brazil**, Blog of the Internet Governance Project (IGP), 18/12/2013. Disponível em: <<http://www.internetgovernance.org/2013/12/18/revisiting-roles-on-the-agenda-for-brazil/>>

OPPERMAN, Daniel. **Cooperation and Conflict in Multistakeholder Governance Processes: The Case of Internet Governance with a Focus on Internet Filtering**. CEBRI, Volume 3, ano IV, 2009. Disponível em: <http://danieloppermann.com/images/pdf/CEBRI_Oppermann.pdf>

PIRES, Hindenburgo Francisco. **Estados nacionais, soberania e regulação da Internet**. Scripta Nova - Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1 de noviembre de 2012, vol. XVI, nº 418 (63). Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2012/actas/12-H-Pires.pdf>>

POHLE, Julia. **Multistakeholderism unmasked: How the NetMundial Initiative shifts battlegrounds in internet governance**. Coluna do Global Policy, 2015. Disponível em: <<http://www.globalpolicyjournal.com/blog/05/01/2015/multistakeholderism-unmasked-how-netmundial-initiative-shifts-battlegrounds-internet>>

Tunis Agenda for the Information Society, 18 de Novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>>

White Paper, Departamento de Comércio dos Estados Unidos, 1998. Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/white-paper-2012-02-25-en>>

POLARIZAÇÃO POLÍTICA NA INTERNET – OS MEMES E O COMPORTAMENTO DE GRUPO

*André Matos de Almeida Oliveira*¹

*Pâmela de Rezende Côrtes*²

INTRODUÇÃO

A existência de opiniões divergentes na política é um dado sem necessidade de comprovação. A divisão tradicional, entre direita e esquerda, é utilizada há pelo menos dois séculos³, e diversas outras têm tentado substituí-la ou complicá-la: revolução liberal/ revolução conservadora⁴; individualismo/ holismo⁵; extremismo/ moderantismo⁶; local/ global; centro/ periferia; inclusão/ exclusão⁷; o diagrama de Nolan e o acréscimo da coordenada que vai do estatismo ao libertarianismo⁸; republicanos/ liberais para a política norte-americana. Não só nos dividimos em ideologias políticas diversas como estamos sempre prontos a julgar os erros e equívocos do posicionamento político da outra e do outro: nossa mente não é apenas desenhada para o alinhamento moral e político, mas para o moralismo, a crítica e o julgamento moral⁹.

No entanto, há um sentimento de que as posições extremas estão ganhando cada vez mais força em debates políticos contemporâneos, que a polarização de grupo está em uma espiral de crescimento. Isso parece ser observado, por

1 Graduando em Direito pela UFMG, andrematosalmeida@hotmail.com

2 Mestranda em Direito pela UFMG, graduada em Ciências do Estado pela UFMG, bolsista CAPES, pamela.recortes@gmail.com.

3 BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2001, p. 49.

4 Ibidem, p. 14.

5 Ibidem, p. 17

6 Idem.

7 Todas as anteriores em BOBBIO, **Direita e Esquerda**, 2001, p. 18-19.

8 Disponível em <http://www.diagramadenolan.com.br/o-que-e-o-diagrama-de-nolan?locale=pt#_diagrama_de_nolan> Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

9 HAIDT, Jonathan. **The Righteous Mind: why good people are divided by politics and religion**. New York: Vintage Books, 2013, p. XIX.

exemplo, nas ideologias dos partidos políticos de países da Europa¹⁰; também no embate, cada vez mais radical, entre democratas e republicanos nos Estados Unidos, que está quase impossibilitando o diálogo entre eles e diminuindo aqueles que se consideram de centro¹¹; e, claro, aqui no Brasil, também na discussão partidária entre PT e PSDB, que nas últimas eleições chegou a níveis de exaltação de opinião, talvez, inéditos.

A polarização de grupo ocorre quando “os integrantes de um grupo mudam suas opiniões, tendendo a uma posição semelhante, ou até mais extrema, às suas posições iniciais antes da discussão¹²”. Além da homogeneização das posturas, os indivíduos tendem a encarar positivamente aqueles que fazem parte do seu endogrupo (*in-group*), comparando negativamente aqueles que compõem o exogrupo (*out-group*)¹³.

A internet parece ter um papel importante para a expansão dos debates polarizados. Não se quer dizer que não existiam antes, mas a internet surge para dar a eles evidência especial¹⁴. Essa relação é importante, porque já se enxerga a internet cada vez mais como arena política, como ambiente importante de discussões da esfera pública¹⁵. Se assim for considerada, portanto, as polarizações do ambiente virtual são um risco aos debates políticos, porque podem minar a consideração de opiniões divergentes como razoáveis e, conseqüentemente, o estabelecimento de uma base comum de diálogo, podendo

10 Cf. PADRÃO, Isaltina. ONU alerta para subida de extremismo e racismo na Europa. 10 de junho de 2014. **Diário de Notícias**. Data de acesso: 09/05/2015. Disponível em: http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3965013&seccao=Europa

11 HAIDT, Jonathan. **The Righteous Mind**, 2013, p. 320.

12 MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel. **Psicologia Social**. Tradução Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 454.

13 GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. **Psicologia**. Tradução de Danilo R. Silva et al. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 623.

14 Como apresentado em: BLITVICH, Pilar Garcés-Conejos. The YouTubification of politics, impoliteness and polarization. In: **Handbook of research on discourse behavior and digital communication: Language structures and social interaction**. IGI Global Hershey, PA, 2010. p. 540-563, sobre o YouTube; em CONOVER, Michael et al. Political polarization on twitter. In: ICWSM. 2011, sobre o Twitter e outros.

15 FARRELL, Henry. The Internet's consequences for politics. **Annual Review of Political Science**, v. 15, p. 35-52, 2012.

ser prejudiciais ao processo democrático de discussão¹⁶. Não há consenso formado sobre a função da internet no processo de polarização política. Embora alguns trabalhos apontem no sentido de um aprofundamento dos debates polarizados em função, sobretudo, das redes sociais, outros trabalhos acreditam que a internet não é a responsável pela polarização¹⁷, mas apenas a explicita. Se assim o for, as explicações permanecem válidas no que concerne à existência da polarização, mas é possível reavaliar o papel da internet como instrumento no debate democrático.

Partiremos, portanto, para duas vias explicativas diversas, a que tenta explicar a existência da polarização da perspectiva do comportamento e da ideia de que tendemos a nos comportar de forma grupista em determinadas situações; e a que busca compreender a polarização na perspectiva das ideias que se contrapõem. Embora discordantes em diversos pontos, as duas teorias têm como pressuposto a teoria da evolução e seus mecanismos explicativos. Na primeira perspectiva, a ideia é que o comportamento grupista foi selecionado juntamente com o comportamento egoísta e altruísta no processo histórico evolutivo. Na segunda, a ideia é que no processo de desenvolvimento de sistemas cognitivos complexos surgiu outro replicador além do gene, o meme, que passou a ser replicado tendo como veículos os cérebros desenvolvidos. Desenvolveremos os temas a seguir.

CENTRANDO A EXPLICAÇÃO NOS INDIVÍDUOS: PERSPECTIVA DO GRUPISMO

A tendência à formação de grupos é um aspecto importante da natureza humana. Jonathan Haidt é um psicólogo social que se especializou em psicologia

16 Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton University Press, 2006.

17 Como apresentado em BARBERÁ, Pablo. **How Social Media Reduces Mass Political Polarization: Evidence from Germany, Spain, and the US**. Job Market Paper, New York University, 2014.

moral e política¹⁸. Para Haidt, além dos comportamentos egoísta e altruísta, temos tendência ao comportamento que ele denomina de “grupista” (*groupish*), que é o de formar grupos e de nos preocupar com eles, sejam eles étnicos, regionais, religiosos ou políticos¹⁹. A teoria que o autor apresenta para a formação de grupos está firmemente ancorada na perspectiva evolutiva.

Para compreender suas explicações sobre a formação de grupo, é fundamental antes entender a Teoria das Fundações Morais²⁰. A ideia, resumidamente, é que há seis fundações morais para a política, ou seja, há alguns valores irreduzíveis que compõem o domínio moral, e a cada um deles temos um módulo correspondente pelo qual o indivíduo julga questões morais: o cuidado e o dano (*the Care/harm foundation*); a justiça e a trapaça (*the Fairness/cheating foundation*); a lealdade e a traição (*the Loyalty/betrayal foundation*); a autoridade e a subversão (*the Authority/subversion foundation*); a pureza e a degradação (*the Sanctity/degradation foundation*)²¹; a liberdade e a opressão (*the Liberty/opression foundation*)²². Essas fundações são basilares na compreensão das razões do alinhamento político dos indivíduos e dos respectivos agrupamentos ideológicos. Portanto, é através dessas fundações que decidimos quais valores morais e políticos defenderemos, e é para estreitar as relações de grupo que escolhemos de qual lado estamos e qual bandeira merece ser levantada.

Haidt apresenta ainda a ideia de um “disjuntor para agrupamento” (*the hive switch*), que pode ou não ser acionado a depender da situação e do contexto, permitindo, por vezes, que deixemos o egoísmo de lado e nos sintamos parte de uma coletividade (a ideia aqui do *Homo duplex*, apresentada por Durkheim e desenvolvida por Haidt²³), levando ao desenvolvimento de ideários polí-

18 Informações disponíveis em <<http://people.stern.nyu.edu/jhaidt/>> Acesso em 29 de fevereiro de 2015.

19 HAIDT, Jonathan. Op. cit., 2013, p.100.

20 Muito bem explicitada em GRAHAM, Jesse et al. Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism. **Advances in Experimental Social Psychology**, Forthcoming, 2012.

21 HAIDT, Jonathan. Op.cit., 2013, p. 178-179.

22 Ibidem, p. 215.

23 Ibidem.

ticos diversos. Nesse sentido, formamos grupos e, a depender da situação, tendemos a considerar a coletividade como algo fundamental na nossa construção como indivíduos, sobretudo na formação das narrativas que fazemos sobre nós mesmos, sobre a nossa história, e na definição dos grandes objetivos da nossa vida²⁴.

O autor levanta a hipótese de que foi o comportamento “grupista” o responsável pela conquista humana do globo²⁵. Edward O. Wilson endossa a hipótese no seu *A Conquista Social da Terra*, ao retomar a ideia de seleção de grupo (sugerida já por Darwin, mas descartada durante as últimas quatro décadas²⁶) e defender que é a seleção multinível a responsável pela existência e evolução da nossa moralidade e que somos produtos do embate entre a seleção de grupo e a seleção individual²⁷.

Haidt afirma, ainda, que as nossas intuições éticas precedem nossas racionalizações: de fato, para ele, o papel da racionalização é justamente justificar, *a posteriori*, nossas intuições éticas, que aparecem em primeiro lugar. O autor considera que nossos julgamentos morais são feitos de forma intuitiva e depois racionalizados (a metáfora do cachorro intuitivo e a cauda racional²⁸) como uma tentativa de influenciar as pessoas e reforçar laços de amizade e de grupo²⁹.

As polarizações seriam herança tanto de nossa identificação grupal, com o que tendemos a criar vínculos com opiniões de nosso grupo e se separar

24 HAIDT, Jonathan; GRAHAM, Jesse; JOSEPH, Craig. Above and below left-right: Ideological narratives and moral foundations. *Psychological Inquiry*, v. 20, n. 2-3, p. 110-119, 2009, p. 111.

25 HAIDT, Jonathan. *The Righteous Mind*, 2013, p. 247.

26 WILSON, Edward O. *A conquista social da terra*. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 204.

27 *Ibidem*, p. 291.

28 A metáfora cunhada anteriormente é “o cachorro emocional e a cauda racional” (the emotional dog and its rational tail), que deu nome a um importante artigo do Haidt. No entanto, ele revisa a metáfora no livro *The Righteous Mind* e decide que intuitivo (intuitive) é mais explicativo que emocional (emotional). A explicação encontra-se em HAIDT, Jonathan. *Op.cit.*, 2013, p. 56.

29 Essa ideia está resumida em HAIDT, Jonathan. *Op.cit.*, 2013, p. 59.

sempre mais radicalmente de opiniões de quem está fora do grupo (*in-group/out-group*), quanto de nossa tendência a racionalizar a intuição, fechando espaço a opiniões “de fora”. Quando racionalizamos prescrições éticas, fica mais fácil pensar que elas são uma verdade autoevidente, que as opiniões divergentes dos outros são tão falsas que não sabemos sequer como são concebíveis. A tragédia é que o outro também pensará isso da nossa opinião – o que dará início e fará escalar a polarização.

Para Haidt, é a seleção de grupo que nos leva a desenvolver ideias abstratas poderosas, tais quais religião e ideologia política, porque elas podem aumentar a capacidade de um grupo de cooperar e, portanto, sobreviver³⁰. Nesse sentido, é interessante pensar como a internet favorece a identificação dos indivíduos com outros que pensam como ele.

GRUPISMO E A INTERNET

Sobre a internet, é incerto ainda determinar o papel que vem cumprindo no processo de polarização. Alguns defendem que ela é catalisadora da polarização e alguns estudos vêm corroborando essa hipótese. Por exemplo, pesquisadores investigaram a comunicabilidade entre grupos do *Twitter*. Analisaram *tweets* que se seguiram às eleições para o congresso dos Estados Unidos e concluíram que, especialmente nos *retweets*, havia uma segregação muito alta entre grupos de esquerda e de direita. Eles apenas se comunicavam internamente, a comunicação com o grupo oposto era muito limitada³¹.

Outros autores argumentam também que a existência de algoritmos que selecionam as postagens que aparecerão para os usuários das redes sociais baseados no que o próprio usuário já visitou tem criado o que se convencionou chamar de “bolhas³²”. Essas bolhas poderiam reforçar o sentimento de per-

³⁰ Ibidem, p. 299.

³¹ CONOVER, Michael et al. Political polarization on twitter. In: **ICWSM**. 2011.

³² BAKSHY, Eytan; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada. Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook. **Science**, p. aaa1160, 2015, p. 1.

tença de grupo, o que aumentaria a tendência à polarização e aos extremos nos debates políticos. Se as redes sociais e os mecanismos de busca de fato tendem a mostrar aquilo que o usuário parece interessado, e como os usuários estão interessados inicialmente nas opiniões que se assemelham às suas, o comportamento grupista pode ser acionado quando se instaura um debate político ou se faz uma postagem de cunho político no mundo virtual. Aqui, o papel da internet seria apenas o de reforço de uma polarização já existente, sobretudo porque a escolha daquilo que aparecerá como relevante para o usuário é definido em grande medida por meio de um reconhecimento do que o usuário já está de fato interessado.

Por outro lado, outros estudos colocam em dúvida as conclusões do que apresentamos acima, entre outros. Não há consenso sobre o tema. O que é inegável, pensamos, é que os debates importantes, como os políticos, deslocam-se cada vez mais para a internet e, mesmo que ela não aumente a polarização, coloca-a em evidência. Isso já basta para salientarmos a importância do estudo dos processos de polarização e de sua interação com a internet. E, nesse sentido, uma via explicativa que nos parece interessante para tentar entender a existência da polarização na internet, sobretudo em questões políticas, é a hipótese do comportamento grupista, que nos faz selecionar grupos que tenham alinhamentos ideológicos semelhantes que são construídos, sobretudo, em cima das fundações morais acima explicitadas. A forma de comportamento grupista existe na espécie humana desde a sua origem, então naturalmente será, em alguma medida, seguida na internet, independentemente de sabermos se esta contribui ou não para o recrudescimento da polarização.

CENTRANDO A EXPLICAÇÃO NAS IDEIAS: PERSPECTIVA DA MEMÉTICA

A ideia de memes foi apresentada inicialmente por Richard Dawkins, em seu livro *O Gene Egoísta*, de 1976³³. Para compreender sua significação, é fundamental entender alguns princípios da teoria da evolução por seleção natural. Dawkins é um zoólogo de Oxford, e é conhecido, sobretudo, por ter popularizado a ideia de que a evolução pode ser mais bem compreendida em termos de competição entre genes³⁴. Dawkins cunhou o termo “meme” para ser uma analogia direta a “gene”, a unidade básica da seleção natural³⁵.

Na perspectiva do autor, pensar a evolução como resultado da competição entre genes, e não entre indivíduos ou outras unidades quaisquer, unifica alguns aspectos da teoria evolutiva. A ideia central é de que os genes são “uma unidade genética suficientemente pequena para durar um grande número de gerações³⁶” e capaz de ser replicada, ou seja, capaz de fazer cópias de si mesma³⁷. Durante a replicação desses genes, alguma falha pode acontecer, e é onde surge a capacidade de mutações aleatórias, fundamental na ideia da evolução. O gene não é o responsável apenas pela variação aleatória, mas é também a unidade de hereditariedade, da seleção e da evolução propriamente³⁸.

Isso quer dizer que os genes não devem ser compreendidos apenas como a unidade capaz de permitir a herdabilidade, mas é ele quem sofre o processo de seleção. A evolução por seleção natural opera quando estão presentes três características: replicação, mutação e seleção pelo ambiente. A replicação acontece por meio de um veículo. No caso dos genes, o veículo em geral

33 DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. Tradução Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

34 BLACKMORE, Susan. **The Meme Machine**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 4.

35 Memes: os novos replicadores, in: DAWKINS, Richard. **O Gene Egoísta**, 2007, capítulo 11.

36 DAWKINS, Richard. Op. cit., p. 85.

37 Ibidem p. 59.

38 JABLONKA, Eva; LAMB, Marion J. **Evolução em quatro dimensões: DNA, comportamento e a história da vida**. Tradução de Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 55.

são os corpos individuais. Isso implica dizer que aquilo que é selecionado ao longo da história evolutiva não é o indivíduo.

Um corpo, então, não é um replicador; é um veículo. É importante enfatizar isso, dado que se trata de um argumento que tem sido mal compreendido. Os veículos não se replicam; eles trabalham para propagar seus replicadores. Os replicadores não apresentam comportamentos, não percebem o mundo exterior, não apanham presas nem fogem dos predadores; eles constroem veículos que fazem tudo isso que comentamos. [...] O gene e o organismo não são rivais para o mesmo papel de estrela no drama darwiniano. Eles são escalados para papéis diferentes, complementares e, em muitos casos, igualmente importantes – o papel de replicador e o papel de veículo³⁹.

A ideia, portanto, é que o indivíduo é quem sofre as pressões do meio, mas são os genes os que passam adiante. A relação entre veículo e replicador guarda certa similaridade com a relação entre fenótipo e genótipo. Há um movimento unidirecional de causalidade e influência: “variações nos genes afetam as variações correspondentes no corpo, mas a variação no corpo, resultante da história desse corpo e do ambiente, não causa variações correspondentes no gene⁴⁰”. As interações entre indivíduos serviriam, em última instância, para favorecer a replicação genética.

Partindo dessas premissas, Dawkins faz uma provocação: “As leis da física são supostamente verdadeiras em todo o universo acessível. Será que existem princípios da biologia que tenham validade universal semelhante?⁴¹” Ele diz que não há como saber a resposta, mas que apostaria todas as fichas em um princípio fundamental: “Trata-se da lei segundo a qual toda a vida evolui pela sobrevivência diferencial das entidades replicadoras⁴²”. Na terra, o que

39 DAWKINS, Richard, Op.cit., p. 423.

40 JABLONKA, Eva; LAMB, Marion J. Op.cit., p. 55.

41 DAWKINS, Richard. Op. cit., p. 55.

42 Ibidem, p. 329.

calhou de obedecer a esse princípio foi o gene, mas, desde que haja replicação, podem existir outros veículos de informação.

Na verdade, para Dawkins, o DNA não é o único replicador existente no planeta. Para ele, há outro replicador, denominado “meme”, que se encontra no que entendemos como “cultura”. Assim como o gene é uma unidade de informação biológica, o meme é uma unidade de informação cultural, que se aloja nas mentes de diferentes indivíduos. Ela se reproduz “saltando” da mente de um indivíduo para outro.

A moda no vestuário e na dieta, as cerimônias e os costumes, a arte e a arquitetura, a engenharia e a tecnologia, tudo isso evolui no tempo histórico de uma forma que se assemelha à evolução genética altamente acelerada, mas que, na realidade, nada tem a ver com ela⁴³.

A ideia é que a cultura humana é o espaço no qual os memes são gerados e compartilhados, tal qual o caldo primordial teria gerado a primeira forma de vida⁴⁴. Diversos são os meios que veiculam os memes, que “emergem nos cérebros e viajam para longe deles, estabelecendo pontes no papel, no celuloide, no silício e onde mais a informação possa chegar⁴⁵”. As ideias que “pegam” prevalecem, são as com melhor capacidade de se reproduzir, o que não implica uma mensagem melhor ou verdadeira.

Quando analisamos nossa cultura pelo ponto de vista memético, invertemos a perspectiva. Costumamos pensar que usamos os símbolos, a linguagem, a cultura, como ferramentas, que eles seriam meios pelos quais alcançaríamos nossos fins. Por exemplo, ao usarmos uma palavra para descrever alguém, como “legal”, ou uma função para um objeto qualquer, como “bambolê”, pensamos que estamos criando meios para nos comunicar melhor com

⁴³ Ibidem, p. 327.

⁴⁴ Ibidem, p. 330.

⁴⁵ GLEICK, James. **A informação: Uma história, uma teoria, uma enxurrada**. Tradução Augusto Calil. São Paulo: Companhia das Letras 2013, p. 322.

outras pessoas ou para facilitar nosso uso de objetos, etc. Mas a memética inverte a relação: na verdade os nomes, a linguagem, a simbologia que atribuímos aos objetos é que estão nos utilizando⁴⁶. Nós, seres humanos, somos os veículos para a propagação do replicador, assim como acontece com os genes.

Usamos termos “intencionais”, com memes *nos* usando, *meios para fins*, etc., criando uma narrativa em que memes são personagens vivos da história, com intenções e desígnios próprios. Mas, tal qual acontece com o gene (ex: gene egoísta), essa narrativa é simplesmente um recurso de linguagem⁴⁷. Não há, claro, intenções reais dos memes e dos genes, a linguagem intencional serve somente como bom modo de descrever os mecanismos de funcionamento dessas unidades informacionais, que se comportam *como se* tivessem essa ou aquela intenção⁴⁸. Naturalmente, também não se quer dizer que a cultura ou os memes não tragam vantagens aos seres humanos, como se os explorasse ou manipulasse. As vantagens evolutivas que a cultura trouxe à espécie humana são inegáveis, fundamentais, e vêm se acumulando exponencialmente⁴⁹.

MEMES E INTERNET

Os memes não são todos iguais em capacidade de se propagarem. Assim como acontece com os genes, alguns memes podem atingir “um sucesso brilhante num prazo muito curto, espalhando-se rapidamente,” mas não terem “longa duração no *pool* de memes⁵⁰”. A relação entre a internet e os memes é sugestiva pelo próprio uso da palavra “meme” nas redes sociais, que significa geralmente postagens que são capazes de se replicar, especialmente imagens

46 LOGAN, Robert K. **Que é informação? A propagação da organização na biosfera, na simbiosfera, na tecnosfera e na econosfera.** Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2012, p. 114.

47 Embora para autores como Robert K. Logan, quando fazemos a comparação entre gene e meme sobre a organização de estruturas vivas, já não estamos mais no plano metafórico. A estrutura da qual resulta a organização memética, ou seja, a cultura, não está como viva, nem descrita em termos que são utilmente apropriados com as características que as coisas vivas têm: a cultura é, literalmente, um organismo vivo. Para mais informações, LOGAN, Robert K. Op. cit., pp. 102-103.

48 DAWKINS, Richard. Op.cit., p. 7.

49 LOGAN, Robert K. Op.cit., p. 103.

50 DAWKINS, Richard. Op.cit., p. 333.

editadas com frases de cunho humorístico⁵¹. Mas não é apenas por meio do humor que os memes podem ser replicados, ou que alguma informação se viraliza na internet⁵². Jonah Berger e Katherine L. Milkman⁵³ investigaram quais emoções ativadas em quem lê uma postagem de uma rede social ou de uma notícia qualquer mais contribuem para que a pessoa a compartilhe ou a comente, que a faça, portanto, *viralizar* na internet. Após analisarem banco de dados do jornal The New York Times, chegaram à conclusão de que a emoção despertada com a maior correlação de comportamento ativo de compartilhamento é a *raiva* (*anger* - 34%)⁵⁴. Ela supera outras, como admiração (*awe* - 30%), emotividade (*emotionality* - 18%), positividade (*positivity* - 13%), etc⁵⁵.

Mais uma vez, com a inversão de perspectiva da abordagem memética, a situação descrita toma outra configuração, que pode explicar a polarização política de outro modo. As ideias se replicam no ambiente em que vivem, chamado de cérebro humano, e vão buscar as melhores formas de manipulá-lo para alcançar esse fim. A ativação de emoções é um meio muito eficaz para essa finalidade e, dentre as emoções a serem manipuladas, a da raiva pode ser muito eficiente no processo de propagação de ideias, como apontado anteriormente. Se assim for, ideias expressas por meio da raiva tenderão a ter maior sucesso reprodutivo.

Uma das melhores formas para se alcançar o sucesso pela raiva é a polarização. Polarizando, criam-se grupos opostos que atribuirão um ao outro as piores qualidades e discordarão entre si simplesmente por serem de grupos opostos. Resumindo, criam-se grupos que se odeiam⁵⁶. A fórmula da polarização já

51 Verbetes Meme do Oxford Dictionaries, Disponível em <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/meme>>.

52 Há inevitáveis analogias entre os memes e doenças virais, como exposto em GLEICK, James. Op.cit., p. 325.

53 BERGER, Jonah; MILKMAN, Katherine L. What makes online content viral? **Journal of Marketing Research**, v. 49, n. 2, p. 192-205, 2012.

54 Idem.

55 Idem.

56 SUNSTEIN, Cass R. Group polarization and 12 angry men. **Negotiation Journal**, v. 23, n. 4, p. 443-447, 2007.

está bem documentada no campo da psicologia social, com experimentos em boa parte realizados entre a segunda metade do século XX e a década de 90 (atualmente, não mais feitos, por ter eticidade considerada duvidosa)⁵⁷. Neles, vários psicólogos realizaram experimentos para analisar a influência do comportamento de grupo e dos motivos para o surgimento de rivalidades grupais.

Muzafer Sherif realizou um experimento social clássico, que continua a ser um dos mais citados e polêmicos na psicologia. O experimento de Robbers Cave⁵⁸, como é hoje conhecido, consistiu na criação de um acampamento de férias para crianças de 11 e 12 anos. O acampamento, na verdade, era um em-buste. Sherif e seus colaboradores queriam analisar como as crianças se comportariam socialmente e se criariam grupos rivais. Sherif criou dois grupos de crianças, que foram cuidadosamente selecionadas para que suas características físicas, de personalidade, inteligência, posição social, condição econômica, etc., não variassem substancialmente. Apesar de as diferenças entre as crianças não serem substanciais, rapidamente, com a junção dos dois grupos no acampamento, rivalidades começaram a surgir e se potencializar. Agressões físicas, incursões às escondidas no acampamento do inimigo para ataques surpresa ou para danificar objetos do grupo rival foram alguns dos acontecimentos, antes de o experimento ser encerrado⁵⁹.

Outro experimento clássico em psicologia social, e ainda mais polêmico⁶⁰, é o da Prisão de Stanford, realizado por Philip Zimbardo. Zimbardo selecionou estudantes universitários que se voluntariaram a participar do experimento e os separou em dois grupos, um de prisioneiros fictícios e outro de guardas fictícios, que simulariam o ambiente de uma prisão. A separação de cada grupo ocorreu aleatoriamente, por lances de moeda feitos em frente aos

57 MLODINOW, Leonard. **Sublimar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Zahar, 2013, p. 141.

58 Apresentado em HARVEY, Oliver J. et al. **Intergroup conflict and cooperation: The Robbers Cave experiment**. Norman, OK: University Book Exchange, 1961.

59 Ibidem, p. 143.

60 PONTES, Nicole; BRITO, Simone. Contra o efeito Lúcifer: Esboço para uma teoria sociológica do mal. **RBSE** v. 13 n. 39 dezembro de 2014, p. 385.

participantes. Todos os participantes sabiam que os outros também eram universitários, igualmente voluntários da pesquisa. No entanto, isso não impediu que, com o passar do tempo, formas de abuso de poder reais fossem cometidas pelos “guardas” contra os “prisioneiros”. De fato, o experimento teve que ser encerrado antes do prazo porque o número de agressões, humilhações em grupo e agressões por abuso de autoridade saíram do controle⁶¹.

A polarização instiga a raiva e a raiva é um dos caminhos mais férteis para a exploração dos memes. O ponto culminante da inversão de perspectiva pela abordagem memética é este: ideias que levam à polarização e criam raiva recíproca entre os grupos divergentes de forma nenhuma são, no final das contas, contrárias entre si, ou opostas umas às outras; elas, na verdade, estão cooperando. Vejamos, por exemplo, a existência de partidos de direita e de esquerda. Se um dos segmentos não existisse, ou melhor, se a ideia de que um partido, que pertence a um grupo oposto ao outro, não existisse, não haveria pressupostos para a polarização. As pessoas que defendem um ou outro lugar do espectro político teriam muito menos motivos para ter raiva do grupo oposto, e, portanto, fariam muito menos do outro partido, pensariam muito menos no assunto, escreveriam muito menos, etc. A espiral de raiva que leva os representantes dos dois polos a serem os mais comentados em questões políticas ou tempos de eleições estaria quebrada, e eles teriam muito menos espaço entre as ideias do que têm agora. Basta pensar se nas eleições brasileiras de 2014, caso um entre os dois, PT ou PSDB, não existisse, como seriam as propostas de debates dos eleitores e dos candidatos do partido restante.

Essa conclusão abre caminho para algumas consequências que podem ser significativas. A primeira pode ser de que, já que nossa tendência a polarizar ideias é um combustível eficaz para que elas dominem seu ambiente de competição, é provável que tendências polarizantes sejam incentivadas mesmo quando a situação não implique necessariamente divisão ou ideias simetricamente opostas umas às outras. Um exemplo concreto disso, talvez, sejam os

61 Cf. Stanford prison experiment. Stanford University, 1971.

debates em torno do aquecimento global, que já obtém largas evidências e, na prática, um consenso científico, mas que, por outro lado, ainda encontra uma opinião pública extremamente polarizada.

As informações dadas acima podem ser fundamentais para analisar por que a polarização na internet pode ser algo prejudicial ao debate democrático, já que a capacidade viral das postagens e discussões pode aumentar justamente quando as partes do conflito não dialogam mais entre si e criam uma imagem pejorativa da outra. A raiva nos comentários e compartilhamentos parece ser um aspecto importante de contribuição para a escalada da polarização, considerando a perspectiva memética.

CONCLUSÃO

Não se pode mais ignorar a importância da internet como espaço de debate e formação de opiniões sobre as mais diversas áreas da vida. Esse espaço tende a se aprofundar, à medida que se desenvolvem novas ferramentas de uso no mundo virtual, tais quais redes sociais ou algoritmos complexos de busca. Nesse sentido, o debate político não pode ser excluído desse processo de virtualização, e é importante que pensemos quais objetivos pretendemos que a internet cumpra como ferramenta política e democrática. Assim como qualquer outra ferramenta, seu uso pode tanto facilitar como complicar imensamente os objetivos e metas estabelecidos quando da escolha de seu uso. Sem a devida instrução e reconhecimento de suas falhas, podemos, na verdade, diminuir a possibilidade de diálogo e de construção de ideias e partir para uma cultura política daquilo que recebe mais *likes* ou compartilhamentos.

Nesse trabalho, buscamos compreender o fenômeno de polarização por duas vias que, embora discordem em diversas acepções, partem fundamentalmente de uma teoria mais ampla de explicação cientificamente informada. Tanto da perspectiva da explicação grupista quanto da perspectiva da explicação memética, percebe-se que a polarização pode ser extremamente prejudicial. Tendemos ou a compartilhar mensagens que reforcem a nossa identificação

com um grupo e acirrem a competição com outros ou compartilhamos mensagens que têm mais capacidade de serem viralizadas, tendo a raiva como uma de suas emoções propulsoras. Caminhamos para um momento em que será cada vez mais difícil definir o que é virtual e o que não é. Devemos, nesse caminho, sobretudo através do conhecimento sistematizado e interdisciplinar sobre a internet, começar a projetá-la como ferramenta efetivamente democrática, libertadora – que pode melhorar, em algum sentido substancial, as nossas vidas. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- BAKSHY, Eytan; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada. Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook. **Science**, p. aaa1160, 2015.
- BARBERÁ, Pablo. How Social Media Reduces Mass Political Polarization: Evidence from Germany, Spain, and the US. **Job Market Paper**, New York University, 2014.
- BERGER, Jonah; MILKMAN, Katherine L. What makes online content viral?. **Journal of Marketing Research**, v. 49, n. 2, p. 192-205, 2012.
- BLACKMORE, Susan. **The Meme Machine**. New York: Oxford University Press, 1999.
- BLITVICH, Pilar Garcés-Conejos. The YouTubeification of politics, impoliteness and polarization. In: **Handbook of research on discourse behavior and digital communication: Language structures and social interaction**. IGI Global Hershey, PA, 2010. p. 540-563
- BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2001.
- CONOVER, Michael et al. Political polarization on twitter. In: **ICWSM**. 2011.
- DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. Tradução Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton University Press, 2006.
- FARRELL, Henry. The Internet's consequences for politics. **Annual Review of Political Science**, v. 15, p. 35-52, 2012.
- GLEICK, James. **A informação: Uma história, uma teoria, uma enxurrada**. Tradução Augusto Calil. São Paulo: Companhia das Letras 2013.
- GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. **Psicologia**. Tradução de Danilo R. Silva et al. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- GRAHAM, Jesse et al. Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism. **Advances in Experimental Social Psychology**, Forthcoming, 2012.
- HAIDT, Jonathan. **The Righteous Mind: why good people are divided by politics and religion**. New York: Vintage Books, 2013.

HAIDT, Jonathan; GRAHAM, Jesse; JOSEPH, Craig. Above and below left–right: Ideological narratives and moral foundations. **Psychological Inquiry**, v. 20, n. 2-3, p. 110-119, 2009.

HARVEY, Oliver J. et al. **Intergroup conflict and cooperation: The Robbers Cave experiment**. Norman, OK: University Book Exchange, 1961.

JABLONKA, Eva; LAMB, Marion J. **Evolução em quatro dimensões: DNA, comportamento e a história da vida**. Tradução de Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LEWENS, Tim. “Cultural Evolution”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/evolution-cultural/>>. Acesso em 18 de junho de 2015.

LOGAN, Robert K. **Que é informação? A propagação da organização na biosfera, na simbolosfera, na tecnosfera e na econosfera**. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2012.

MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel. **Psicologia Social**. Tradução Eliane Fittipaldi; Suely Sonoe Murai Cuccio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Zahar, 2013.

PADRÃO, Isaltina. ONU alerta para subida de extremismo e racismo na Europa. 10 de junho de 2014. **Diário de Notícias**. Data de acesso: 09/05/2015. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3965013&seccao=Europa>.

PONTES, Nicole; BRITO, Simone. Contra o efeito Lúcifer: Esboço para uma teoria sociológica do mal. **RBSE** v. 13 n. 39 dezembro de 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Group polarization and 12 angry men. **Negotiation Journal**, v. 23, n. 4, p. 443-447, 2007.

WILSON, Edward O. **A conquista social da terra**. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

AS DIFICULDADES DE IDENTIFICAÇÃO E DE RESPOSTA AOS DISCURSOS DE ÓDIO NA INTERNET

*Bárbara Moreira Carvalho*¹

*Gabriel Oliveira Vilela*²

*João Vitor Silva Miranda*³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe realizar uma pesquisa de caráter exploratório a respeito do discurso de ódio, o qual pode ser adequadamente conceituado como “palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.⁴”. Contudo, é importante pensar que, para além disso, as vítimas de um discurso de ódio podem ser tão numerosas como são as possibilidades de escolhas pessoais ou as individualidades de cada um, pois, em uma perspectiva abrangente, as características atingidas pelo discurso de ódio são compartilhadas entre diversos seres humanos.

A liberdade de expressão não pode ser considerada como direito absoluto que se sobreponha ao discurso de ódio, pois se verifica um claro conflito entre os dois. Tal discurso não pressupõe uma iniciativa dialógica, pois se constrói sobre a supressão ou sobre o silenciamento para quem é direcionado o ódio, limitando a própria liberdade de expressão. Além disso, existe uma clara má-fé

1 Estudante da graduação de Direito na UFMG, Brasil. Endereço eletrônico: bmoreiracarvalho@gmail.com

2 Estudante da graduação de Direito na UFMG, Brasil. Endereço eletrônico: gabrielviomundo@hotmail.com

3 Estudante da graduação de Direito na UFMG, Brasil. Endereço eletrônico: jv12_mg@hotmail.com

4 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, 2009.

de quem perpetua o discurso de ódio, ou seja, a liberdade para essa ação seria a liberdade para ferir a honra e ofender terceiros.

Com a difusão da internet na sociedade brasileira, a qual já tem acesso aproximadamente 49,4% da população, segundo os últimos dados do IBGE⁵, passa a existir uma nova forma pouco analisada até o momento de se proferir e difundir o discurso de ódio: através da internet e, mais especificamente, pelas redes sociais.

Algumas diferenças entre os efeitos do discurso de ódio no espaço virtual e no espaço “físico” se destacam: no mundo virtual, a manifestação discriminatória fica agravada, acolhe simpatizantes e se espalha por mais pessoas. Soma-se isso à invisibilidade e ao anonimato do autor que a internet proporciona com mais facilidade, o que pode encorajar uma consciência coletiva de que aquela atitude incidirá em pouca ou nenhuma consequência judicial ou ônus social. Enquanto no mundo “físico” discursos discriminatórios a grupos da sociedade, em situações cotidianas ou pela mídia impressa, são similarmente ofensivos, podem ser mais facilmente esquecidos e ter maior dificuldade para se perpetuar.

DISCURSO DE ÓDIO

A dificuldade de identificação e consenso do que se trata o discurso de ódio é uma questão que facilita o próprio fenômeno social e dificulta ações que efetivem a dignidade humana para os grupos atingidos.

O estudo “Discursos de Ódio nas Redes Sociais: Jurisprudência Brasileira⁶” parte do pressuposto de dois elementos básicos dessa manifestação de

5 IBGE. **Acesso à Internet e à Televisão e Posse de Telefone Móvel para Uso Pessoal**, 2015, p.33. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Acesso_a_internet_e_posse_celular/2013/pnad2013_tic.pdf> Acessado em 27 jun. 2015.

6 SILVA et al. Discurso de ódio, redes sociais e jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV** 14. São Paulo, 2011, p. 445-468.

pensamento: a discriminação e externalidade. É necessário que não apenas o conteúdo da exposição seja discriminatório e incite o ódio, como também seja transposto para o plano fático e comunicado a outras pessoas. Aqui acrescentamos outro ponto: a temática do assunto deve ofender uma coletividade e não apenas um indivíduo em específico.

Nesse sentido, nem todos os atos discriminatórios se tratam de discurso de ódio, pois podem não ter caráter público caso dirigidos privativamente a uma pessoa. Tal situação não anula a gravidade do ato, mas afasta a configuração do discurso de ódio. Porém, ao se atingir uma pessoa publicamente por uma característica compartilhada por um grupo muitas vezes já alvo de agressões, agride-se também essa comunidade.

Como citado anteriormente, o conceito utilizado por Brugger (2007), ainda que adequado, não acompanha a complexidade das dinâmicas das relações humanas e de transformações sociais que podem vir a gerar novas vítimas de manifestações de pensamento que atentam contra a dignidade humana.

Essa seletividade de grupos pode ser observada no ordenamento jurídico brasileiro, em tratados e manifestos internacionais, e em obras de autores que se debruçaram sobre o assunto, demonstrando que a escolha de dizer quais pessoas podem ser alvo do discurso de ódio não apenas diz respeito ao contexto histórico da época, como também é uma escolha política. Nesse sentido, são muitas as questões que dificultam um consenso sobre as manifestações que incitam ódio, tanto pelos legisladores e a sociedade civil brasileira, quanto internacionalmente. Por esse motivo, a elaboração de critérios objetivos e claros de definição de discurso de ódio aparenta ser uma opção que abarca mais situações reais de grupos alvos do que um rol taxativo de possíveis vítimas.

Algumas organizações internacionais se expressam sobre o assunto, principalmente em relação com o princípio da liberdade de expressão. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em que o Brasil é signatário desde 1992, versa:

ARTIGO 20

- 1 Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.
- 2 Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

O PIDCP é interessante não por apresentar uma concepção de manifestação de ódio mais palpável que os conceitos aqui já citados, mas sim porque pressupõe limites à liberdade de expressão. Além disso, podemos citar os Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade, iniciativa da Artigo 19, ONG internacional que atua na defesa e promoção da livre manifestação de pensamento e acesso à informação:

Princípio 12: Incitação ao ódio

- 12.1. Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio). Sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que:
 - I Os termos 'ódio' e 'hostilidade' se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado.
 - II O termo 'promoção' deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado.
 - III O termo 'incitação' se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos.
 - IV A promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentimento positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio.

- 12.2. Os Estados devem proibir o abrandamento ou negação de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, mas apenas quando essas declarações constituírem discursos do ódio, conforme definição no Princípio 12.1.
- 12.3. Os Estados não devem proibir críticas ou debates envolvendo ideias, crenças ou ideologias particulares, ou religiões ou instituições religiosas, a menos que sejam expressões do discurso do ódio, conforme definição no Princípio 12.1.
- 12.4. Os Estados devem garantir que pessoas que sofreram danos reais como consequência de discurso do ódio, conforme definido no Princípio 12.1, tenham o direito a um recurso efetivo, inclusive um recurso civil por danos e prejuízos.
- 12.5. Os Estados devem revisar seu marco legal para assegurar que toda regulamentação de discurso do ódio se adéque ao descrito acima.

Contudo, o manifesto não tem força legal e representa, como é afirmado no próprio texto introdutório do documento, uma interpretação progressista dos padrões e normas internacionais, das práticas aceitas pelo Estados e princípios gerais do Direito reconhecidos.

A partir dessa perspectiva, é necessário debater qual o lugar do discurso de ódio dentro do Estado Democrático de Direito, em vista do princípio da liberdade de expressão. As manifestações que incitam o ódio são práticas que não apenas ofendem, mas partem de um pressuposto histórico compartilhado tanto pelo agressor quanto pela vítima, humilhando e subjugando-as, causando o que Fiss (2005) chama de “efeito silenciador” do discurso de ódio, pois

as manifestações desse teor atingem diretamente a autoestima das vítimas e têm a propensão de calar o destinatário, fazendo-o recuar da esfera pública⁷.

Além disso, o discurso de ódio faz parte de uma escalada de violência em que reitera não apenas a agressão psicológica, mas também a violência física contra grupos específicos. Portanto, é possível concluir que os discursos de ódio ferem os princípios, garantidos na Constituição, de igualdade e não-discriminação, além da preservação da dignidade humana. A liberdade de expressão assim como os outros princípios não é absoluta e não pode se sobrepor aos outros. Além disso, existe uma clara má-fé de quem perpetua o discurso de ódio, ou seja, a liberdade para essa ação seria a liberdade para inferiorizar e subjugar terceiros.

Quando manifestações desse teor são proferidas na internet, algumas questões características da rede passam a influenciar na forma como o discurso se propaga. A dinâmica entre público e privado, nas redes sociais principalmente, é um desses fatores. O discurso de ódio é alegado como opinião proprietária, e se é postado na “minha página” é permitido⁸. Ademais, os comentários e atos discriminatórios praticados na rede tem uma expectativa de grande visibilidade e aprovação ou reprovação daqueles que visualizam o ato, com “curtidas”, “com’partilhamentos” etc. Dessa maneira, toda manifestação discriminatória pode ser publicamente visualizada e, se direcionada a uma coletividade, se enquadra como discurso de ódio.

DISCURSO DE ÓDIO NA REALIDADE BRASILEIRA

Pensando na realidade histórica brasileira, podemos analisar o discurso de ódio aqui proferido e a sua negação a partir da criação de um mito nacional, que viria a ser nosso imaginário coletivo de identidade nacional e que ainda

7 SILVEIRA, Renata Machado de. **Liberdade de Expressão e Discurso de ódio**. 2007. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito). PUC MINAS, Minas Gerais. 2007.

8 HOEPFNER, Soraya Guimarães. Apontamentos sobre a questão ético-midiática do discurso de ódio na rede social. **Revista Esferas**, 2009.

hoje compartilhamos. O sociólogo Jessé de Souza se debruçou sobre o tema da “brasilidade”, e a construção dele ao longo dos anos. Segundo o autor, a obra de Gilberto Freyre *Casa-Grande & Senzala* (1933) foi essencial para a primeira noção “positiva” sobre ser brasileiro, colocando a questão da mistura étnica e racial como um motivo de orgulho e singularidade brasileira, o que proporcionou um pano de fundo que influenciou toda a época. O Brasil Industrial e todos aqueles que tinham interesse na ideologia positiva do brasileiro como energia simbólica para o esforço de integração nacional, não só apoiaram como difundiram as ideias de Freyre.

O elogio da unidade, da homogeneidade, da “índole pacífica do povo brasileiro”, do encobrimento e da negação de conflitos de toda espécie, assim como, no outro polo, a demonização da crítica e da explicitação de conflitos e das diferenças ganham, a partir desse contexto discursivo e até nossos dias, sua articulação e legitimação máximas (...) Está criado o nosso DNA simbólico, o DNA simbólico do Brasil moderno, um conjunto de ideias que legitimam práticas sociais e institucionais de toda espécie que se destinam, em última instância, a retirar qualquer legitimidade do diferente e da diferença, do crítico e da à crítica⁹.

A aversão ao conflito e o mito da democracia racial afirmado por Freyre, na qual os brasileiros não abrigariam preconceito de raça, estão presentes nos discursos. Quando se fala sobre manifestações de ódio é notável a negação do discurso, não apenas no cotidiano e nas redes sociais, mas também por nossos legisladores, que tampouco tem um direcionamento claro sobre o assunto.

Nesse sentido, é possível observar que o termo “discurso de ódio” ou similar não aparece no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, essa matéria é presente na Constituição especificamente no art. 5º, vedando a discriminação, e na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor:

⁹ SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. P. 38.

ART. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

ART. 20 Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

É preciso reconhecer o caráter extremamente restritivo da lei, bem como a ausência de outras leis referindo-se a outras formas de discriminação, por não admitir vários grupos como possíveis vítimas de manifestações de pensamento que divulguem e incitem o ódio. Ao analisar, em 2003, o caso Ellwanger – escritor condenado por crime de racismo ao fazer declarações antissemitas em seus livros – o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de não apenas se pronunciar sobre o discurso de ódio, como elaborar um consenso do que se entende sobre ele, ou medidas de identificação desse discurso¹⁰. Contudo, essas questões não foram abordadas profundamente.

Dessa forma, o conceito de discurso de ódio, bem como os critérios para identificá-lo, não são claros em nosso ordenamento, à exceção do racismo – discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, – definido em lei e com dispositivos de punição.

INICIATIVAS GOVERNAMENTAIS DE IDENTIFICAÇÃO E COMBATE A DISCURSOS ODIOSOS NA INTERNET

Nesse contexto relativamente novo, o Estado vem buscando maneiras de como lidar com o discurso de ódio na internet, e algumas iniciativas incipientes se destacam. São os casos, por exemplo, do Humaniza Redes - Pacto Nacional de Enfrentamento às Violações de Direitos Humanos na internet, do “Grupo de Trabalho Contra Redes de Ódio na Internet” e do “Marco Civil da Internet”.

A primeira iniciativa é um pacto de enfrentamento às violações de direitos humanos na internet, de autoria do Governo Federal por meio da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República em parceria com outros órgãos e entidades governamentais. Há uma Ouvidoria Online para receber denúncias e as encaminhar aos órgãos competentes para atuar em cada caso.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424**. Brasília, DF, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>> Acesso em 29 jun. 2015.

Além disso, o Humaniza Redes busca contemplar também medidas de prevenção e segurança, por meio de campanhas virtuais e perfis em redes sociais como o Twitter e o Facebook, e aplicativos como o Whatsapp.

Já a segunda medida citada se empenha na criação de um software, o qual possui a função de mapear o discurso de ódio na internet. A despeito da polêmica que surge em torno dessa medida, por alguns alegarem controle excessivo por parte do Estado, tal ferramenta pode ser concebida como promissora. Até o momento da redação deste capítulo, esse software ainda não foi lançado².

Por fim, a terceira ação e a mais destacada é uma lei que, embora pioneira, tem profundos desafios e dificuldades à sua efetiva aplicação, por, entre outros fatores, ter sido aprovada há pouco tempo e ainda carecer de regulamentação¹¹.

O Marco Civil da internet, ou Lei 12.965/14, é um conjunto normativo que regula o uso da rede, calcado em três principais pilares: a privacidade, a liberdade e a neutralidade da rede. Trata-se de um projeto construído de forma democrática e colaborativa, que contou com uma ampla participação civil e de diversos setores interessados durante a sua elaboração.

Essa legislação busca garantir, por vários de seus dispositivos, a privacidade e o direito à liberdade de expressão do usuário na rede – considerados aspectos necessários para o pleno exercício do direito de acesso à internet (art. 8º). Ao mesmo tempo, porém, esses direitos são limitados e ponderados em casos de difusão de discursos discriminatórios. Caso ocorra tal infração, considera-se a responsabilização do usuário, como é possível extrair de vários dispositivos do Marco Civil da Internet.

Os incisos II e III do art. 7º reforçam a intenção da legislação brasileira de não considerar a liberdade de expressão como um direito absoluto. Afinal,

11 Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/tecnologia/um-ano-de-marco-civil-em-vigor-um-ano-sem-regulamentacao-8539.html>> Acesso em 25 jun. 2015

colocam exceção à inviolabilidade do fluxo das comunicações dos usuários da internet no caso da emissão de uma ordem judicial. Esta, então, pode demandar esclarecimentos sobre informações básicas do usuário, como a qualificação pessoal, a sua filiação e o seu endereço (art. 10, §3º).

Devemos ressaltar, nesse momento, que tal restrição deve ocorrer de acordo com três passos, destacado por estudos da ONG Artigo 19¹²: (1) ser prevista em lei; (2) resguardar um interesse legítimo; (3) deve ser necessária para uma sociedade democrática.

Ainda, há uma série de deveres que os provedores de conexão, de hospedagem e/ou os de aplicações de internet possuem. Essas determinações se baseiam em permitir o acesso das autoridades competentes à informações úteis ou necessárias para a instrução de eventuais processos de natureza cível ou criminal. Algumas dessas obrigações são: prestar informações que permitam a observação do cumprimento ou não da legislação brasileira no que tange à coleta e ao armazenamento de dados (art. 11, §3º), sendo cabíveis sanções no caso de descumprimento; manter os registros de conexão de seus usuários por um ano, prazo que pode ser ampliado em caso de requisição da autoridade competente (art. 13) – obrigação semelhante se dá aos provedores de aplicações de internet, nesse caso por um período de 06 meses (art. 14).

O Marco Civil ainda determina que os provedores de conexão de internet podem ser responsabilizados civilmente pelo conteúdo gerado por terceiros, o que pode ocorrer no caso de discursos discriminatórios proferidos por usuários. Isso se dará na situação indicada no caput e nos parágrafos do art. 19 do Marco Civil, caso após ordem judicial específica, aqueles não tomarem as providências para, no âmbito e nos limites técnicos de seus serviços e dentro do prazo assinalado, tornarem indisponível o conteúdo apontado como infringente.

12 ARTIGO 19, **Panorama sobre discurso de ódio no Brasil**. Disponível em: <http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf> Acesso em 25 jun. 2015.

Ressaltamos, ainda, o disposto no artigo 22 do mesmo diploma legal:

ART. 22 A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

PARÁGRAFO ÚNICO Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III período ao qual se referem os registros.

Percebe-se que a atuação do Estado, no que diz respeito ao fornecimento de subsídios legais e materiais para a identificação e a responsabilização de discursos discriminatórios veiculados na internet, vem abrangendo tanto iniciativas legislativas, na criação e alteração de leis, como também no viés administrativo, na criação de novas campanhas e formas de integração institucional, sendo as iniciativas acima comentadas algumas das mais importantes.

Pode-se dizer que os pressupostos internacionais no âmbito do Direito possuem semelhanças com a forma que ordenamento jurídico brasileiro trata dessa questão. A preocupação com o discurso de ódio nas redes é uma tendência verificável em outros lugares no mundo. Como exemplo, o Conselho Europeu indicou a criação de Comitês Nacionais para que os países tratem dessa questão, o que resultou na campanha “Ódio Não” em Portugal¹³, muito parecida com a Humaniza Redes brasileira.

13 INSTITUTO PORTUGUÊS DE DESPORTO E JUVENTUDE (Coord.) **Campanha Ódio Não**. Disponível em <<http://www.odionao.com.pt/>> Acesso em 28 jun. 2015

O sistema *notice-and-takedown*, comumente utilizado pelos próprios servidores, é muito limitado. Isso ocorre quando alguém notifica o servidor de serviço que há um conteúdo indevido ou ofensivo (*notice*) dentro do site e este é imediatamente retirada pelos administradores da página (*takedown*). Muitas vezes os provedores optam por esse sistema e o limite entre a censura e aqueles conteúdos que de fato devem ser retirado se torna muito difuso.

Uma substituição satisfatória nesse sistema seria trocá-lo pelo *notice-and-notice*, em que, após a notificação, o servidor retorna a denúncia para quem criou tal conteúdo e passa por uma devida análise se o conteúdo fere os princípios da liberdade de expressão ou não. A decisão de lidar com os conteúdos vinculados na internet pelos próprios servidores apresenta dificuldades como esta.

Porém, há também dificuldades e limitações na maneira como o Estado lida com a liberdade de expressão e o discurso de ódio na internet, como apresentado a seguir.

LIMITAÇÕES E DIFICULDADES DE AÇÃO DO ESTADO

É necessário falar também nos limites que o Estado e suas instâncias de controle encontram ao buscar, por intermédio das referidas iniciativas, o mapeamento e o combate mais efetivo ao discurso de ódio na internet.

Primeiramente, é evidente que o Estado dispõe de recursos limitados e não tendo à sua disposição mecanismos físicos, técnicos e financeiros capazes de receber, encaminhar, analisar e processar a totalidade, ou mesmo parte significativa dos casos nos quais são proferidos os discursos de ódio.

Outra problemática que ressaltamos é o fato de grande parte dos usuários da internet ainda não possuírem informações acerca das possibilidades de denúncia dos discursos preconceituosos divulgados na rede. Algumas das campanhas informativas citadas anteriormente foram desenvolvidas, também, para buscar mudar tal panorama. Porém, elas ainda não atingem grande

parte dos usuários da rede, demonstrando, ainda, necessidade de maiores investidas nesse quesito.

Vários dos, ainda incipientes, estudos sobre o assunto apontam no mesmo sentido da percepção de boa parte da população, em considerar que existe uma fraca interatividade entre os usuários da rede virtual que gostariam de encaminhar uma violação e os órgãos estatais. Assim como o acesso à justiça continua deficiente e desigual a respeito de demandas surgidas em espaços fora da internet, a mesma lógica se observa nos litígios ocorridos no espaço virtual.

Um dos esforços mais recentes de análise de mecanismos de interação entre usuários e instituições estatais, o artigo “Governo eletrônico, democracia digital e comunicação pública: a presença do Poder Judiciário na internet”, de autoria de Kátia Vanzini e Danilo Rothberg (2015), analisou, entre janeiro e maio de 2014, os sites de tribunais superiores e de seus principais órgãos fiscalizadores.

Os resultados indicam deficiências na promoção de ferramentas de interatividade e participação cidadã nos sites, o que dificulta o acesso a informações essenciais e o respectivo conhecimento destas por parte significativa dos internautas. Alguns exemplos são: o desconhecimento sobre quais são os órgãos competentes para análise e investigação de discursos discriminatórios veiculados na rede (e fora dela), bem como quais são os procedimentos cabíveis para denunciar. Isso se torna um empecilho para o diálogo entre usuários e instituições¹⁴.

Nesse sentido, mesmo quando os órgãos dispõem as informações necessárias, o formato de disponibilização dos conteúdos é deficiente. Faltam

14 VANZINI, Kátia Viviane da Silva, ROTHBERG, Danilo. Governo eletrônico, democracia digital e comunicação pública: a presença do Poder Judiciário na internet. In: **VI Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação Política** Rio de Janeiro, 2015. Anais... Rio de Janeiro, 2015. Acesso no endereço <http://www.compolitica.org/home/?page_id=1672>, em 09 mai. 2015.

menus interativos e inteligibilidade da mecânica de boa parte dos sites governamentais, dificultando ainda mais o acesso, como o estudo de Vanzini e Rothberg (2015) demonstra.

Ainda, em boa parte dos casos em que os indivíduos reconhecem que tais discursos podem vir a ser categorizados como um ato ilícito, pouco sabem sobre as atitudes pragmáticas que podem tomar para que tais ofensas sejam apuradas pelos órgãos competentes.

Até mesmo em situações onde a denúncia chega a ser realizada e passa a ser analisada pelas instâncias de controle, cumpre ressaltar que existem diversos “filtros” durante o iter dos procedimentos cíveis ou criminais que investigam a ocorrência de um discurso odioso. Entre investigação preliminar, inquérito, denúncia, contestação, sentença, recursos e acórdão que transita em julgado, grande parte dos processos não encontram como resultado final uma condenação do autor ou outra solução de mérito – situação a qual não se resume ao assunto em comento.

É comum que investigações a respeito do cometimento de injúria racial ou do art. 20 da Lei 7.716/89 não tenha andamento ainda nas fases preliminares de investigação, sequer chegando à análise do Poder Judiciário, devido à prescrição, decadência ou falta de indícios idôneos.

O estudo de Silva et al. (2011), um dos poucos já feitos no país a respeito da atuação jurisprudencial brasileira a respeito de discursos odiosos na internet – mais especificamente no Orkut, rede social de maior difusão no Brasil naquele período – , localizou apenas 6 (seis) casos referentes ao assunto em pesquisa realizada nos sites dos Tribunais recursais competentes a decidir sobre a matéria.

Tal número parece estar descolado da realidade, sendo que, no mesmo período, segundo dados da ONG Safernet, o número de registros realizados na Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos acerca de casos de

racismo, homofobia, intolerância religiosa e outros nas redes sociais estava na casa dos milhares¹⁵. Ainda se percebeu a possibilidade de confusão, por parte dos magistrados e dos próprios denunciantes, na caracterização de casos concretos, isto é, se lidavam apenas com direitos da personalidade ou envolviam também discursos odiosos voltados a uma coletividade.

Percebe-se, nesse sentido, a dificuldade que persiste de identificação e responsabilização dos emissores das mensagens com conteúdo discriminatório, devido à utilização de perfis falsos (*fakes*), o que é permitido em diversos servidores de hospedagem e ao anonimato, sendo que este pode se dar por diversas formas (P2P, *proxy*, dentre outras). Tal obscuridade, em muitos casos, é total – quando sequer o provedor tem conhecimento da verdadeira identidade do usuário.

Ao mesmo tempo, existe dificuldade em se obter a correta comprovação da qualificação do usuário, visto que existem poucos métodos seguros e/ou acessíveis até o momento de amplo conhecimento da população voltados à precisa identificação do indivíduo ou grupo promotor da ofensa, dado o alto número de possibilidades, nos diferentes provedores de conteúdo, de se burlar as exigências de identificação pessoal. Mecanismos mais conhecidos de registro de conteúdo, como os *prints*, são problemáticos e podem ser burlados e alterados.

Outro aspecto a ser considerado é a pulverização espacial das agressões na rede e a enorme quantidade destas em um pequeno lapso de tempo, o que se percebeu em alguns casos, como o da jornalista Cristiane Damacena, alvo de centenas de comentários racistas após publicar uma foto sua no Facebook¹⁶.

Os contornos do conteúdo do discurso odioso e suas diversas especificidades (racismo, homofobia, xenofobia e outros), que já são imperfeitos e

15 SAFERNET. **Indicadores**. Disponível em <<http://indicadores.safernet.org.br/>> Acesso em 28 jun. 2015.

16 Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/jornalista-negra-de-brasilia-e-vitima-de-racismo-no-facebook,e97e9cb947a1fe3c0bb9e37d4db4395e473RCRD.html>> Acesso em 25 jun. 2015.

relativamente abertos, como abordado anteriormente, enfrentam novas dificuldades de subsunção ao caso concreto. Aquele pode se dar por meio de imagens ou montagens que deixam grande margem subjetiva de interpretação, e, em muitas vezes, o meio no qual o discurso é proferido gera controvérsia quanto a seu caráter público – acessível a mais de uma pessoa, ou estritamente individual.

Todos esses aspectos elencados podem favorecer a consciência, por parte dos agressores, de que aquela atitude incidirá em pouca ou nenhuma consequência judicial ou ônus social pessoal, bem como causar falta de confiança, por parte das vítimas, de que os promotores de discursos de ódio serão adequadamente responsabilizados.

Por fim, cabe fazer um breve apontamento crítico a respeito das possibilidades de responsabilização previstas no ordenamento jurídico brasileiro e internacional em relação a discursos odiosos na internet, como indenização por danos morais, prisão ou medidas restritivas de liberdade (no caso de cometimento de injúria racial).

Considerando o pensamento oriundo da teoria crítica do direito e das vertentes críticas da criminologia, rejeitamos, no presente trabalho, a possibilidade da responsabilização no âmbito criminal promover efetiva função educativa ou preventiva, seja em sua forma positiva ou negativa, geral ou especial, de modo a compelir o indivíduo ou a coletividade a não proferir discursos preconceituosos¹⁷. Tampouco avaliamos que, individualmente, tais penas possam, por si, materializar a importância dada ao bem jurídico protegido ou promover confiança no respeito ao mesmo.

No âmbito cível, ainda que consideremos válida e importante a responsabilização pela profusão de discursos preconceituosos, em consonância com

¹⁷ ZAFFARONI, E. Rául e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 120.

marcos jurídicos internacionais, tal resposta tem possibilidades positivas limitadas. Essas se referem especialmente à redução e mitigação de danos aos indivíduos ou grupos atingidos, não sendo possível uma reparação total ou suficientemente ampla. Desse modo, a necessidade de pensar e desenvolver formas político-pedagógicas alternativas, que não se resumam à atuação estatal e/ou posteriores às ofensas, se sobressai.

MECANISMOS NÃO-INSTITUCIONAIS DE PREVENÇÃO, RESPOSTA E COMBATE AO DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET

Considerando a limitada efetividade do Direito – e das vias institucionalizadas em geral – para eficaz e única resposta a esses casos, muitos atores da sociedade percebem a importância de estimular e desenvolver, por conta própria, ações de conscientização, resposta e combate à discriminação na internet. Por diversas e distintas razões – solidariedade, proteção, compromisso ético pela necessidade de combate às opressões – organizam-se para propor e promover reações, de forma individual ou coletiva, aos casos em questão, bem como atuam para defender a promoção da diversidade e o respeito para com os direitos humanos.

Nesse momento, as mesmas ferramentas que podem ser utilizadas para estimular o ódio e a discriminação passam a ser reapropriadas para mobilizarem uma defesa aos sujeitos-alvos de ataques virtuais. E, através de uma relação de forças, disputam o espaço virtual.

Movimentos sociais, organizações, perfis e páginas de grupos defensores dos direitos humanos são alguns exemplos de grupos que se organizam e se relacionam nas redes por meio de divulgação de *hashtags* e “tuitaços”, compartilhamentos em massa e outros instrumentos em blogs e em redes sociais, como o Facebook e o Twitter.

De tal forma, mobilizam um grande número de atores em defesa de vítimas de ofensas racistas, sexistas, homofóbicas, dentre outras. Tal mobilização reverbera na rede, chegando ao conhecimento de grande número de pessoas, passando então a atrair atenção da imprensa e dos órgãos de controle, o que, conseqüentemente, gera pressão social em face dos agressores, incitadores, eventuais defensores de tais condutas e dos sites/portais provedores de conteúdos discriminatórios. Essas atitudes, conseqüentemente, contribuem para a visibilização de casos de opressões e de violências sofridas por determinadas minorias. Dessa forma, fornecem uma resposta política e pedagógica aos discursos preconceituosos veiculados nas redes, e muitas vezes contribuem para uma tutela jurisdicional mais efetiva aos casos.

Todavia, é importante considerar que tais manifestações possuem caráter espontâneo, mutável e fragmentário, não sendo suficientes para que haja uma identificação, prevenção resposta adequada aos discursos de ódio na internet. Seu alcance é limitado e difuso, e em alguns casos a resposta social a discursos preconceituosos pode ser desproporcional, equivocada ou mal localizada, pela natural volubilidade e falta de controle e de critérios bem definidos para tal tipo de atuação.

Embora o combate aos discursos de ódio nos campos cultural e político seja central, permanece o desafio de se pensar novas e mais eficientes maneiras de se identificar, responder e combater discursos de ódio na internet, envolvendo formas de ação e integração nos âmbitos institucional e não-institucional, estrutural e individualizada.

CONCLUSÃO: AS POSSIBILIDADES DE CONTRIBUIÇÃO DA UNIVERSIDADE, DA ATIVIDADE EXTENSIONISTA E DA CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA UFMG NO DEBATE

Diante desse cenário, surge o questionamento: qual seria a relação das Universidades com esse desafio tão recente, baseado nas dificuldades de identificação e de resposta aos discursos de ódio na internet?

Por ser recente, constatamos que não existem contornos definidos no Poder Judiciário para lidar com o mesmo; por outro lado, não se trata de problema popularmente reconhecido pela sociedade, por mais que existam campanhas para tentar evidenciá-lo. O assunto permanece, assim, restrito aos profissionais interessados, como um novo filão de estudo ainda pouco explorado.

É notório que as Universidades possuem papel fundamental na contribuição para o tratamento de temas sociais conflituosos ou difíceis, seja devido à falta de experiências ou à deficiência de arcabouços teóricos envolvendo os mesmos. Entretanto, sabemos igualmente que os acadêmicos muitas vezes pecam em seus estudos por se isolarem do fato concreto e por buscarem refletir sobre um tema estando “encastelados” em seus gabinetes, segundo corrente jargão das academias. Nesse caso, tais profissionais terminam por indicar hipóteses e soluções incompatíveis com a realidade, além de construir um mundo intangível, distanciado da vivência social.

É nesse momento que a extensão universitária, como pilar fundamental ao tripé ensino, pesquisa e extensão – constitucionalmente previsto –, contribui para evitar um possível academicismo excessivo, além de aplicar novas práticas metodológicas e sustentar as bases de uma universidade comprometida com a sociedade, com o tangível, com o real.

É nesse momento que a proposta de uma Clínica de Direitos Humanos (CdH) se apresenta como oportunidade ativa e importante para explorar o discurso de ódio na internet, tal como ele se apresenta. Através da busca de parceiros externos aos muros das Universidades e da associação da expertise do Direito àquela de outros horizontes disciplinares, a CdH busca acumular e produzir novos conhecimentos e perspectivas a respeito de tão relevante assunto.

Buscando uma melhor conceituação jurídica a respeito da questão, abre-se a possibilidade de lidar melhor com os paralelos da liberdade de expressão e como tratá-la no âmbito jurídico. Existe, ainda, uma certa obscuridade sobre qual é, e se existe, consenso jurisprudencial em torno dessa palavra, além

dela ser muito pouco invocado nos tribunais, ou seja, não se sabe em que casos pode ser considerado que houve discurso de ódio e a defesa da vítima não encontra precedentes para acusá-lo.

Muitas vezes, uma atitude que é racista ou resulta em ofensa à honra e à dignidade da pessoa humana é também envolvida pelo discurso de ódio. Podemos apontar que existe uma motivação histórica e, às vezes, até ideológica por trás da reduzida abrangência que o discurso de ódio alcança na esfera judicial em relação à esfera social. Porém, cabe ressaltar, neste capítulo, que isso gera uma depreciação do resultado jurídico, pois a vítima não é contemplada e suprime todo um coletivo de pessoas que podem ter sido, também, vítimas.

Procurando contribuir no conhecimento sobre esse impasse, desenvolveremos uma pesquisa, seguindo a linha do estudo citado acima, neste ano. Entretanto, além de mapear os casos de discurso de ódio nos tribunais, buscaremos também contornar o entendimento deste pela jurisprudência.

Através de nosso grupo Observatório da Lei, acompanhamos a aplicação e a eficiência das normas que regulam sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio e problematizar a questão “por que algumas leis funcionam e outras não?”. Nós nos articulamos, por fim, para acompanhar casos individuais que venham a surgir envolvendo a liberdade de expressão na internet e seus desdobramentos, o que ocorre em parceria com a Divisão de Assistência Jurídica (DAJ), da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

A partir de estudos como os acima citados, a Clínica de Direitos Humanos procura materializar seu viés de pesquisa e extensão. Agimos, desse modo, para acrescentar arcabouço teórico e técnico à discussão, bem como influenciar no estudo, na identificação e na resposta a casos que envolvam o discurso de ódio, ocorrido dentro ou fora da internet. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- ARTIGO 19, **Panorama sobre discurso de ódio no Brasil**. Disponível em: <http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf> Acesso em 25 jun. 2015.
- _____. **Princípios de Camden Sobre Liberdade De Expressão e Igualdade**. Disponível em: <<http://issuu.com/artigo19/docs/principiosdecamden>> Acesso em: 28 jun. 2015.
- BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 28 jun. 2015.
- _____. **Humaniza Redes**. Disponível em: <<http://www.humanizaredes.gov.br/>>. Acesso em 10 maio 2015.
- _____. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em 25 jun. 2015.
- _____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. acessado em 10 maio 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424**. Brasília, DF, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>> Acesso em 29 jun. 2015.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, 2009.
- FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Trad. e Prefácio de Gustavo Binembom e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- FREIRE, Paulo. **Extensão ou Comunicação?**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 8ª edição.
- HOEPFNER, Soraya Guimarães. Apontamentos sobre a questão ético-midiática do discurso de ódio na rede social. **Revista Esferas**, 2009.
- SAFERNET. **Indicadores**. Disponível em: <<http://indicadores.safernet.org.br/>> Acesso em 28 jun. 2015.
- SILVA, Edelberto Franco. **Anonimato na Internet**. Disponível em: https://www.academia.edu/12928533/Anonimato_na_Internet>. acessado em 23 jun. 2015.
- SILVA, Rosane Leal da. et al. Discurso de ódio, redes sociais e jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV** 14. São Paulo, 2011, p. 445-468.
- SILVEIRA, Renata Machado de. **Liberdade de Expressão e Discurso de ódio**. 2007. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito). PUC MINAS, Minas Gerais. 2007.
- SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. 484p.
- VANZINI, Kátia Viviane da Silva, ROTHBERG, Danilo. Governo eletrônico, democracia digital e comunicação pública: a presença do Poder Judiciário na internet. In: **VI Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação Política** Rio de Janeiro, 2015. Anais... Rio de Janeiro, 2015. Acesso no endereço <http://www.compolitica.org/home/?page_id=1672>, em 09 mai. 2015.
- ZAFFARONI, E. Rául e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

VOCÊ NÃO É NADA, VOCÊ SÓ TEM ACESSO À INTERNET: ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À COMPREENSÃO

André Covre¹

A participação no Seminário Governança nas Redes e o Marco Civil da Internet, realizado em Belo Horizonte pelo GNet em maio de 2015, apresentou, de forma indireta, a provocação sobre a descentralização do conceito de liberdade de expressão no campo de discussão do Marco Civil da Internet. Tal provocação lança um novo olhar para as apropriações das ferramentas do computador e da internet pela sociedade contemporânea. Desse modo, apresento neste capítulo uma proposta de mudança da defesa da *Liberdade de Expressão* para a defesa do *Direito à Compreensão*. Concluo a defesa deste Direito, amplo e dialógico, justificando-a nos mesmos motivos que me fazem preferir, entre as utopias negativas de Huxley² e Orwell³, a memória de futuro de Toffler⁴.

A DESCENTRALIZAÇÃO DO CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET

A participação no Seminário “Governança nas Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, Privacidade e Democracia”, realizado em Belo Horizonte em maio de 2015 pelo GNet⁵, revelou, de forma indireta, a compreensão de que conceito liberdade de expressão não está no centro do Marco

1 Professor Adjunto do Departamento de Computação da UFVJM/Diamantina e Doutor em Linguística pela UNICAMP. Email: andre.covre@ufvjm.edu.br

2 HUXLEY, A. *Admirável Mundo Novo*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

3 ORWELL, G. 1984. Trad. de Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. Sao Paulo: Companhia das Letras, 2009.

4 TOFFLER, A. *A Terceira Onda. A morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização*. Trad. De Joao Tavora. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

5 Grupo de Estudos Internacionais de Propriedade Intelectual, Internet e Inovação. Disponível em <<https://gnetufmg.wordpress.com/2015/03/09/hello-world/>>. Acessado em 28/06/2015

Civil da Internet. O termo “liberdade de expressão” aparece 5 vezes na Lei nº 12.965⁶ e, em todos os momentos, a ideia de liberdade de expressão é tomada como princípio, já consolidado em outro dispositivo legal, que seria, segundo o texto, a Constituição Federal.

No início, nos artigos 2º, 3º inciso I e 8º, a liberdade de expressão é descrita explicitamente como princípio e, no art. 19º, aparece como algo que precisa de proteção, como ressaltou Pereira em suas conferências no Seminário⁷. Ressalta-se a percepção de Pereira de que o Marco Civil não consegue abarcar todas as situações relacionadas ao acesso a internet, porque a Lei não trata de Provedor de Informação, por exemplo, aquele do tipo clássico, como os jornais, ou mais contemporâneo, como portais e sites de redes sociais.

Ainda, segundo Pereira, o Marco Civil compreende a existência de dois tipos de provedores, “de acesso” e “de conteúdo”. O texto da lei denomina “provedor de conexão”, no Art. 18º, aquele que parece ser o “provedor de acesso” e, logo em seguida, no art. 19º, parece se utilizar de um sinônimo ao descrever tal serviço como “provedor de aplicações”.

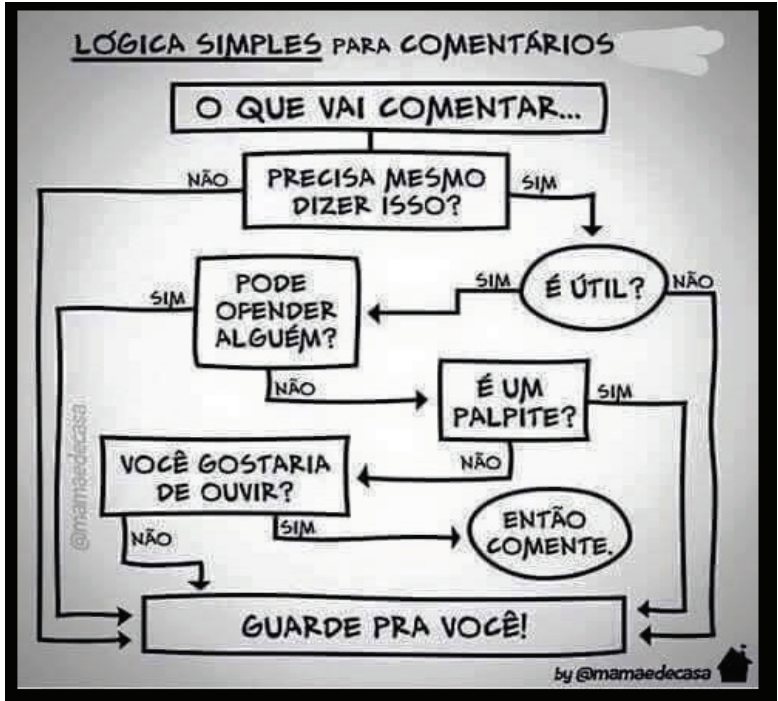
Não obstante a essa confusão terminológica que reflete, na verdade, a diversidade de apropriações sociais das tecnologias propiciadas pelo conjunto computador-internet, é fato que não existe no Marco Civil uma seção que redefina o que é liberdade de expressão no contexto da internet.

O Painel do Seminário intitulado “Liberdade de Expressão, Democracia Digital e Atores”, não trouxe, nas falas de seus protagonistas, o conceito liberdade de expressão como o tópico principal de discussão. Já na reunião do Grupo de Trabalho “Liberdade de expressão e democracia digital”, os principais pontos debatidos, após as apresentações, revelaram como principais

6 Disponível em <<http://participacao.mj.gov.br/marcocivil/lei-no-12-965-de-23-abril-de-2014/>>. Acesso em 28/06/2015.

7 PEREIRA, Carlos Affonso. Conferências nos painéis “Governança das Redes e a Experiência Pública do Marco Civil no Brasil” e “Governança da Internet, Jurisdição e Políticas”.

compreensões o perigo das polarizações ideológicas nas discussões realizadas nas redes e a incapacidade das pessoas em formular discursos na utilização das redes sociais, que fomentaram, por suas vezes, o argumento de que a internet tem sido usada somente para controle e simulacro de democracia e de participação.



Fonte: Sem Autor. Disponível em <www.facebook.com>. Acessado em 28/06/2015

Quando eu já considerava que a cereja desse bolo de compreensão crítica sobre a participação das pessoas nas ferramentas da internet tinha sido colocada pela fala de Marcel Leonardi, representante do Google no Painel “Responsabilidade Civil dos Provedores⁸”, inúmeros portais reproduzi-

8 “A humanidade está perdida se depender de quem comenta os vídeos do youtube”.

ram as falas do novo doutor honoris causa em comunicação e cultura pela universidade de Turim, Humberto Eco⁹.

Sobre a comunicação e a cultura das pessoas na internet, Eco afirmou que as redes sociais deram voz a uma legião de imbecis: “Normalmente, eles [os imbecis] eram imediatamente calados, mas agora eles têm o mesmo direito à palavra de um Prêmio Nobel”. Para Eco, antes das redes sociais, os “idiotas da aldeia” tinham direito à palavra “em um bar e depois de uma taça de vinho, sem prejudicar a coletividade” e completou que “o drama da Internet é que ela promoveu o idiota da aldeia a portador da verdade”. A opinião de Eco não parece ser muito diferente da opinião dos próprios usuários dos sites de redes sociais, conforme demonstra a Figura 1.

Defendo, como hipótese, que avaliações desse tipo se apresentam atualmente porque vivemos sob o julgo de um duplo vínculo teórico-filosófico do conceito de liberdade de expressão. O problema de críticas como as de Eco, de Leonardi e as que apareceram no Grupo de Trabalho não são seus objetos em si – os sujeitos, seus discursos e comportamentos – mas onde a fundamentam: na defesa da liberdade de expressão como prerrogativa de alguns (quem recebe prêmios, por exemplo). Ou, ainda, o que pode ser menos produtivo, o não questionamento sobre quão importante pode ser para a sociedade a divisão equitativa de status de “portador da verdade”.

Esse duplo vínculo funciona como um nó contraditório fundado no nosso entendimento do que é e de onde vem a expressão. O texto que apresento abaixo é uma tentativa de desfazer esse nó e responder a avaliações como as de Eco, que tem como sua pior consequência contemporânea a apresentação de um argumento totalitário.

⁹ O DIA. **Redes Sociais deram voz a legião de imbecis, diz escritor Umberto Eco**, São Paulo, 11 jun. 2016. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/mundoeciencia/2015-06-11/redes-sociais-deram-voz-a-legiao-de-imbecis-diz-escritor-umberto-eco.html>>. Acesso em 28/06/2015.

Para isso, a partir da conceituação de expressão, os tópicos 1 e 2 desvelarão a armadilha da nossa compreensão atual sobre liberdade de expressão e sua vinculação com dois tipos diferentes de mídias. O tópico 3 é conclusivo, a partir da revisita à Huxley, Orwell e Toffler, apresentará a defesa do Direito à Compreensão e seus três princípios básicos.

O CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA UTILIDADE PARA O SILENCIAMENTO DOS SUJEITOS

Os conceitos que comumente são utilizados para produzir definições de mídia são, de maneira geral, muito práticos para classificações. Por outro lado, baseando-se quase sempre instantaneamente no célebre dito do pesquisador Marshall McLuhan “O meio é a mensagem”, as categorizações de mídia produzem confusões e apagamentos. Por exemplo, a ideia de *mass mídia* ou comunicação de massa que, ao misturar meios de comunicação e canal, mistura as empresas que produzem conteúdo de notícias e de entretenimento e o aparato tecnológico utilizado para tanto. Além disso, pressupõe uma ideia de mensagem vinculada à ideia de transmissão de informação. A mensagem é tomada apenas como um bloco de informações pré fornecidas (devidamente apuradas e verificadas) transmitidas de X (o meio de comunicação de uma empresa de comunicação - o Jornal Nacional para a Rede Globo, por exemplo) para Y (o telespectador, o povo, a massa).

Não é possível trabalhar com a ideia de mensagem como bloco de informações pré fornecidas transmissíveis de um emissor para um receptor, pois a concepção de mídia fundamentada nessa ideia abstrai, por exemplo, que relações concretas o universo empresarial e econômico tem com: (i) a mensagem transmitida (e por consequência, as informações devidamente apuradas e verificadas); e (ii) com o ‘receptor’ da mensagem.

Este é o problema de dar aos “meios” poderes que, na concretude da vida, não deveriam possuir: invocar uma noção de informação que, vinculada a noções específicas de locutor e receptor, se adequa perfeitamente a construção

de uma *indust-realidade*¹⁰ que separa propositadamente aqueles que produzem e aqueles que recebem informação.

A lembrança do imenso alvoroço causado pela tentativa do governo federal junto à FENAJ de criar o Conselho Nacional de Jornalismo e a revolta encarnada pela chamada ‘grande mídia’ em aceitar estar sujeita a qualquer tipo de fiscalização, no ano de 2006¹¹, nos leva a compreender que há intensa luta no universo midiático. E não é a luta por liberdade de expressão e por menos controle, mas sim uma luta pelo controle da palavra.

É assim que a ideia de liberdade de expressão se conjuga muito bem com as concepções de mídia que abstraem a relação dialógica inerente entre produtores e receptores da tal ‘mensagem’ de MacLuhan, e os interesses nesse jogo comunicativo que se esforçam para dar a existência da liberdade de expressão um privilégio de indivíduos ou grupo deles, e não do espírito humano, portanto, de todos.

Desse modo, é preciso defender que a mensagem não pode ser compreendida apenas como um bloco monolítico de informações pré fornecidas, e também que a relação entre o transmissor e o receptor não se dá por um movimento mecânico e de sentido único; por isso torna-se necessária a construção de uma definição de mídia que trabalhe com uma concepção discursiva de linguagem; uma definição que se desligue dos detalhamentos pormenorizados dos conceitos técnicos e ontologizadores; e que possibilite propor a edificação de uma outra defesa que não apenas a da liberdade de imprensa que, gradada

10 TOFFLER, A, Op. cit.

11 “Nós já vimos que o neoliberalismo, como toda ideologia, é hábil em esconder a verdade. Ele sustenta a liberdade dos mercados, mas pratica a reserva de mercados. Sustenta a flexibilização dos contratos de trabalho, mas pratica um regramento meticuloso nas relações de consumo. Levanta-se em uníssono contra qualquer possibilidade de discutir os meios de comunicação, clama que é censura, que é controle público – como ocorreu com a proposta da FENAJ de criar um Conselho Nacional de Jornalismo -, mas não tem dúvida sobre seu direito de concentrar meios e monopolizar a palavra” HORTA, C. A crise das mídias alternativas e a mídia da crise. In.: **Agência Carta Maior**. Disponível em <<http://www.agenciacartamaior.uol.com.br>>, 2006. Acessado em 18/03/2014.

na defesa da liberdade de expressão, produz silenciamentos e processos de exclusão poderosos na disputa pela poder e divisão da riqueza de uma nação.

Torna-se necessário, então, pensar em uma outra liberdade, uma liberdade enquanto direito de todos, uma liberdade que coloque no jogo de linguagem midiático a multiplicidade de vozes e de verdades, que coloque o conceito de “dialogia” de Bakhtin¹² no lugar do motor da mídia, que constitua a própria mídia como o lugar cotidiano da “compreensão”; esse é um lugar onde o outro também fala.

Nesse sentido, um caminho bom de discussão parece ser o proposto por Emir Sader¹³ no contexto brasileiro das eleições de 2002 e 2006, quando chama a parte maior da mídia nacional de “grande mídia monopolista privada”. Vale, portanto, uma pequena contextualização do momento de surgimento dessa nomeação.

De forma geral, Emir Sader afirmava, na época, que as pesquisas eleitorais, caso se confirmassem na eleição presidencial do candidato Luís Inácio Lula da Silva para seu segundo mandato, seriam as melhores pesquisas sobre o que pensava o povo brasileiro da imprensa: não acreditava nela, não lhe tinha confiança, não aceitava seus argumentos, sua informação editorializada, suas manchetes sensacionalistas, seus colunistas identificados com a direção - reduzida a 6 famílias - dos órgãos da “grande mídia monopolista privada”.

A detenção de suportes de difusão da informação se revela fundamental, se atentarmos para a importância política que reside na ação “transmissão de informação”. Nesse caso, “transmitir informação” ultrapassaria a mera questão

12 BAKHTIN, M. M. (VOLOCHINOV, V. N). **Marxismo e Filosofia da Linguagem: problemas fundamentais do método sociológico da linguagem**. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira, com a colaboração de Lucia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz – 12 ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

13 Os diversos textos escritos pelo autor Emir Sader que contemplam a temática citada podem ser acessados no endereço eletrônico <<http://www.cartamaior.com.br/>>. Uma análise completa da questão pode ser lida em Covre (2007).

técnica de levar a informação de um lugar para o outro. Deter o instrumento que leva uma determinada informação para as duas esferas da população brasileira citadas, na época, por Emir Sader – o “povo” e a “classe média brasileira” – é poder.

Assim, o tal grupo privado de “6 famílias” que detém os instrumentos de transmissão de informação ainda constitui e determina tal informação; tem em suas mãos uma espécie de corrente que liga grandes esferas da sociedade a uma determinada leitura dos fatos que essa sociedade vivencia. A “grande mídia monopolista privada” é grande porque atinge com as notícias que constitui e divulga uma grande esfera da sociedade. É monopolista porque luta de todas as formas e com toda a força para ser a única a manter a característica de ser grande e de atingir a muitos, e principalmente porque tenta monopolizar sentidos nas palavras e nos discursos. É privada porque, apesar de depender em parte do dinheiro público destinado a publicidade do Estado, pertence a pouquíssimas famílias.

Esse é um jogo muito antigo, sempre proposto pela/na cidade letrada. Angel Rama, em *A cidade das letras*¹⁴, esclarece os papéis contraditórios que os grupos que detém ‘as letras’ interpretam nos jogos sociais pelo poder. Que nesse tempo de outrora, ou no caso da época atual, são os grupos que detém basicamente os suportes de estabelecimento das narrativas e de difusão de informação, com a colaboração de seus letrados e/ou jornalistas contratados (tecnosfera e infosfera).

Nesse livro, o autor configura uma América Latina central para o modo de produção capitalista, a primeira realização material de um sonho que começava a projetar uma nova época do mundo. Ele discutiu o modo como as cidades latino-americanas foram fundadas, ou seja, nascendo não organicamente como nasceram as cidades europeias em função dos burgos, mas fincadas-projetadas na terra nova segundo uma concepção barroca de mundo,

14 RAMA, A. *A cidade das letras*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

estabelecendo uma lógica de hierarquia social, onde o poder saía do centro e era imposto sobre a periferia, uma imposição que necessariamente passava pelo círculo de intelectuais que se formava entre esses dois polos, um círculo denominado de cidade das letras.

A sistemática social desvelada por Angel Rama permite compreender melhor como se deu a produção de contra palavras no passado recente da América Latina; e como estas foram ou não abafadas pela constituição hierárquica dessas sociedades, e o poder que sempre exerceu esse círculo privilegiado, o círculo dos letrados e do saber, normalmente a serviço do círculo do poder e do ter.

Geraldi¹⁵, ao discutir a importância da cidade letrada de Rama, afirma:

Observando sempre sob o ângulo da produção da escritura, Rama aponta, ao longo desta história de convívio com o poder, uma cidade letrada que foi ordenada, foi escriturária, foi modernizada. Politizou-se e pode ser revolucionária. A cada momento, diferentes feitos históricos, mas sempre uma constante: a capacidade paradoxal de, ao mesmo tempo, expandir-se para as periferias supostamente acolhendo novos convivas e manter a distância das distinções: escrita x oralidade; erudito x popular; culto x não-culto; alfabetizado x analfabeto; letrado x alfabetizado .

O livro de Rama expõe as relações entre a cidade letrada e o poder, relações que parecem promover uma espécie de encontro entre dois monopólios: o da palavra e o da riqueza. Assim como a garantia da posse da terra, e consequentemente da riqueza, na América Latina esteve sempre atrelada à escritura, a garantia dos discursos e dos sentidos sempre esteve atrelada ao seu cerceamento pelos letrados, seja, por exemplo, por professores, no ensino da

¹⁵ GERALDI, J. W. **Linguagem e ensino: exercícios de militância e divulgação**. Campinas: Mercado de Letras, 1996.

fixidez da escrita, seja pela “grande mídia monopolista privada”, por se assumir como única para produzir sentidos sobre o mundo.

Esse tipo de marcha violenta pela monopolização da palavra e da riqueza promovida pela cidade das letras sempre esteve fundada na defesa da liberdade de imprensa que, por sua vez, sempre buscou apoio na defesa da liberdade de expressão. Liberdade de expressão apareceria então como um conceito que esconde a tentativa de monopolização da palavra e de cristalização de sentidos, o processo de invenção da realidade (fatos) e a criação da notícia (verdade). Liberdade de imprensa passaria a ser então uma liberdade absoluta.

O que ocorre não é uma deturpação da ideia de liberdade de expressão, mas o apoio do conceito “expressão” em uma das orientações filosófico-linguísticas ainda presentes em nosso tempo, denominada por Bakhtin¹⁶ de “subjativismo idealista”. Dentre as várias críticas possíveis de se dirigir a essa orientação, me interessa principalmente a da pergunta: de onde vem a expressão? Bakhtin mesmo responde: não seria de dentro do sujeito, de um único sujeito.

Quem defende que a expressão é interior, e não é por acaso, são os defensores da teoria do subjativismo individualista, que, como todas as teorias da expressão, só pode se desenvolver sobre o terreno idealista e espiritualista.

Outra vertente filosófica criticada por Bakhtin é a que ele denominou de “objetivismo abstrato”. Fundando-se na ideia de uma língua homogênea, estrutural, transparente, descolada das relações sociais e, portanto, abstraída das relações ideológicas, o “objetivismo abstrato” fornece munição para o argumento da “isenção ideológica” e da “neutralidade”. Por vezes juntas, por vezes separadas, essas vertentes filosóficas ainda emprenham a sociedade e colaboram com a defesa de uma liberdade absoluta de expressão.

16 BAKHTIN, Op.cit, p. 106.

Escondida atrás do apelo dessa liberdade de expressão e da ideia abstrata de “isenção ideológica”, ou de “neutralidade”, a teoria da expressão idealista “é radicalmente falsa”, diz Bakhtin,¹⁷ e dá força a um mito: o mito da liberdade absoluta de expressão, que na nossa época atual, se confunde convenientemente com a ideia de liberdade de imprensa.

As portarias governamentais não estabelecem regras mínimas. Não pode haver denúncia, ou órgão denunciador, haja vista o episódio de criação do Conselho Nacional de Jornalismo, reforçado pelo argumento do “não à censura”.

A pergunta que sobra, e que é a mais importante é: se a expressão não encontra origem dentro do indivíduo, onde ela tem origem então, e como ela é? Bakhtin, procurando eliminar o princípio de uma distinção qualitativa entre o conteúdo interior e a expressão exterior, e ainda, não respondendo sobre a origem, mas olhando o lugar do diálogo, diz que “o centro organizador e formador [da expressão] não se situa no interior, mas no exterior.” Centro organizador que não é um lugar, mas sim um processo dialógico que o próprio Bakhtin ampliará para a ideia de compreensão.

Essa reflexão não deverá levar a uma linha de coerção da expressão ou do direito de se dizer aquilo que se pretende. Mas traça um outro olhar para a questão desse direito. Primeiro, que seja garantido o direito da “grande mídia monopolista privada” dizer aquilo que pretende dizer, a partir de seus compromissos. Segundo, que seja garantido o direito de a “grande mídia monopolista privada” ser dita. De ela ouvir o que certamente não quer ouvir. De sentir a alteridade tão forte quanto à própria força provinda da detenção dos grandes instrumentos de transmissão de informação.

Desse modo, ampliar a ideia de expressão para a ideia de compreensão seria colocar a produção de sentidos também em um outro lugar, o lugar do pequeno e do cotidiano, o lugar do outro. Nesse lugar do outro, do leitor, está um

17 Idem.

sujeito ativo e diferente, e por isso um sujeito não indiferente. Um sujeito respondente. Aquele a quem se quer calar!

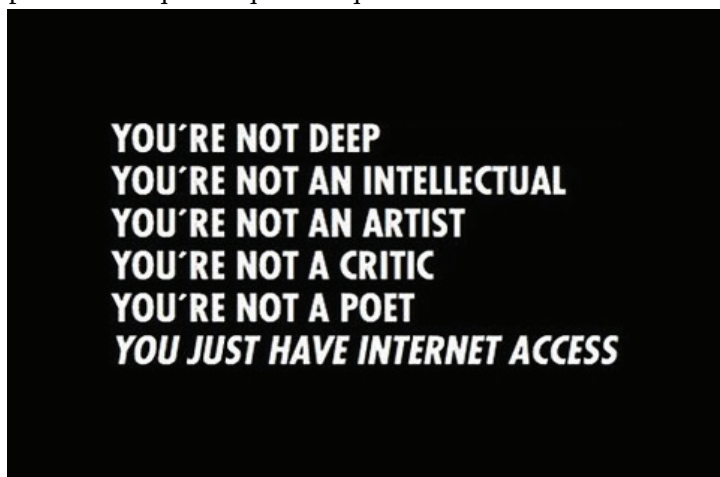


Figura 1: Imagem circulada pelas redes sociais virtuais.

Fonte: Sem Autor. Disponível em <www.facebook.com>. Acessado em 28/06/2015

VOCÊ É A PEQUENA MÍDIA DIALÓGICA DO COTIDIANO

Não existe atualmente uma conceituação de sujeito (ou mesmo de subjetividade) que contemple de forma completa os sujeitos que estão reemergindo na contemporaneidade. Ao assumir não acreditar que uma teoria explícita do sujeito tenha sido exposta em qualquer das obras do Círculo de Bakhtin, Geraldi¹⁸ revela uma coragem específica para não fugir de compreensões de sujeito que têm sido escondidas para debaixo dos tapetes dos estudos da linguagem contemporâneos, e as encara dialogando com o que elas têm de “melhor” e de “pior”.

18 GERALDI, op. cit.

Para o autor, precisamos entender que o “sujeito é responsável e respondente”, porque responde e se responsabiliza, não porque é uno e racional, mas porque está sempre em diálogo, porque está sempre “em processo de ser”. O “sujeito é consciente”, e a “consciência tem sua materialidade própria nos signos”, e “os signos somente emergem do processo de interação”; assim, “a consciência não é o ponto de partida, mas sim pontos de estadas momentâneos, incessante e ativamente instabilizados pela ação responsável”. O “sujeito é incompleto, inconcluso e insolúvel”, porque:

Deste movimento contínuo entre o eu e o outro, em que eu vivencio minha vida de dentro e o outro me dá completude do exterior, infere-se que os acabamentos ou as identidades serão sempre múltiplas no tempo e no espaço, pois a relação nunca é com somente um e mesmo outro e a vida não se resume a um e sempre mesmo tempo. ¹⁹

Se a virtualidade é devir, é interação, não é oposição ao real, é possibilidade de outras temporalidades, precisamos compreender que, talvez seja em frente ao ecrã, atrás do teclado, que os sujeitos, movimentando-se através da apropriação das ferramentas e aprofundando suas relações com as características de liberdade/aprisionamento da língua, começam, inclusive, a recriar as próprias estruturas da língua, na busca pela construção de novas temporalidades.

Buscam uma nova temporalidade, conquistam-na no olhar do outro. A alienação é ausência de memória de futuro, disse-me um amigo, certa vez. Memória do futuro está no campo do futuro possível. Assim como no campo da estética, no campo da ética o tamanho do possível é o tamanho da alteridade. Se não encontramos nos olhos da alteridade (de nossos convivas) ecos de nossas

19 Idem.

memórias de futuro; e se meus convivas não encontram em meus olhos ecos de suas memórias de futuro, o que temos são utopias²⁰.

As ações linguísticas dos sujeitos nas ferramentas da internet nos possibilita enxergar aquilo que normalmente não se consegue, justamente porque não fortalecemos opções teóricas de linguagem compatíveis com os questionamentos sociais contemporâneos. Os que dominam o *fast food* linguístico-educacional, servindo porções homogêneas de uma língua morta, difícil de ser mastigada, digerida e pouco saudável (combo do dia, combo gramática: mc sintaxe, orações subordinadas fritas, mesóclise light) estão perdendo seus clientes. A era do produtor e do consumidor também está acabando na educação (geral, e também da língua) e na informação. Na web 2.0, os alunos de língua portuguesa plantam, colhem, cozinham e degustam uma língua viva, energizada diariamente pelas narrativas extremamente conectadas com o cotidiano vivido: ética e estética em relação de responsabilidade/responsividade.

O que se faz na internet é fugir do *fast food* linguístico e buscar uma experiência de tempo e espaço em colaboração. É pela na internet, pelos ‘equivocos e erros gramáticas’ que os sujeitos expõe suas opiniões e se vêem obrigados a se responsabilizar por elas frente a suas alteridades. É dessa forma que tentam derrotar a morte gradual a qual suas subjetividades são submetidas na longa

20 Para Bakhtin, somente é possível pensar em memória dialogicamente. Portanto, assim como podemos trabalhar com uma noção de memória de passado, aquele solo comum que uma comunidade linguística compartilha, experiências, enunciados, discursos e valores que nos constituem, temos que trabalhar com uma noção de memória de futuro. Memória de futuro pode ser definida como projeção. Não se deve reduzir a memória de futuro a uma relação temporal, mas a ideia de que o sujeito está incompleto, ou seja, não foi concluído, pois sua história está acontecendo, vai se construindo a partir de suas movimentações. Por isso tem características mais concretas, mas do campo da possibilidade de existir do que da impossibilidade (do campo da utopia). A memória de futuro é colocada como a imagem de um sujeito criativo, logo, com responsabilidade. O futuro garante minha justificação, pois ele revoga o meu passado e o meu presente, mostra minha incompletude, exige minha realização futura, e não como continuação orgânica do presente, mas como sua eliminação essencial, sua revogação. GRUPO DE ESTUDOS DOS GENEROS DO DISCURSO. **Palavras e contrapalavras: Glossariando conceitos, categorias e noções de Bakhtin**. São Carlos: Pedro & Joã Editores, 2009, p. 72-73.

jornada da língua escolarizada e da informação monofonizada provinda dos enunciados controlados pelas mídias de Segunda Onda.

Para Geraldi,²¹ o “sujeito é datado”, pois há “entrelaçamento entre passado, presente e futuro que se realizam concretamente num espaço historicizado pelo tempo”. Este lugar múltiplo é o campo infinito das redes de comunicação, da produção material e imaterial, dos nexos de intercomunicação linguística nos quais estamos todos inseridos. Um lugar ativo de produção de novos sentidos, dialogando com os sentidos produzidos pela “grande mídia monopolista privada”, mas com sujeitos não escravos desses sentidos hegemônicos que se querem únicos.

Isso seria descentralizar o lugar de produção de sentidos, destravar o processo de monopolização da palavra, cutucar o poder que se julga único com vara curta. É criar a possibilidade de quem se julga mandante único de, de repente, não mandar, não dar ordens, não estabelecer os temas da sociedade, não pautar os assuntos a serem falados naquele dia, naquele tempo e naquele lugar, da forma como apenas alguns poucos necessitam que sejam pautados. E isso está acontecendo pelos dedos daqueles que ‘não sabem formular argumentos’, porque ‘não sabem falar e escrever’, porque obviamente ‘não sabem a língua portuguesa correta’.

A relação entre emissores e receptores certamente nunca foi de obediência completa e exclusiva. Nunca o leitor de jornal, o ouvinte de rádio, o telespectador da tv (na indust-realidade), e atualmente o internauta, se propuseram a ser meramente receptores de mensagens. Tanto a sociedade avançou nessa briga que foi parar no desenvolvimento e nas constantes e contínuas reapropriações das tecnologias do computador e da internet.

A crise da Tecnosfera revela porque os que dominam os mercados e as linguagens avançam céleres para reconstruir a convergência das mídias, o novo

21 GERALDI, op. cit.

lugar da expressão nesse universo comunicativo. Querem novamente colocar tudo o que deve ser dito em um único lugar, um único aparelho, no comando de um único narrador, um “grande irmão²²”. A sociedade em geral vem respondendo com as apropriações divergentes e as novas compreensões. Pode parecer caótico, mas é a diferença ativa.

Pode parecer pirataria, mas é a quebra do monopólio. Pode parecer não-econômico, mas é a nova economia. O que os sujeitos apropriadores das ferramentas produzidas no encontro do computador com a internet estão revelando é uma maneira diferente de lidar com os fatos da vida, tanto local quanto global. Mesmo que encontremos na internet a repetição do procedimento monopolizador da “grande mídia monopolista privada”, pois ainda há controladores, esses procedimentos são engolfados, incorporados, transformados e espalhados de maneira diversa e incontrollável.

O que tento expressar aqui é que também estamos diante de uma mídia dialógica do cotidiano. No campo da mídia, assim como em vários outros, temos que conseguir enxergar os dois tipos de procedimentos que estão em constante briga pela hegemonia, e nesse caso é a hegemonia de comunicação.

Não é a toa que o historiador britânico Andrew Keen, um dos pioneiros do Vale do Silício e defensor das grandes corporações de comunicação, lançou na última década um livro intitulado “The Cult of the Amateur: How Today’s Internet Is Killing Our Culture”. Numa época em que, segundo Keen, “amadores estão destruindo a nossa cultura”, mas sobretudo, conforme procuramos demonstrar aqui, estão ameaçando a liberdade de expressão como uma

22 Seja por aquisições milionárias de novos usuários: Se o ICQ toma o lugar do mIRC, o MSN Messenger, da Microsoft, toma o lugar do ICQ, e o Skype toma o lugar do MSN Messenger, a Microsoft compra o Skype por 85 bilhões de dólares para ter a mais 663 milhões de usuários. Se os jovens fogem do Facebook para o WhatsUp, o Facebook compra o WhatsUp por 16 milhões de dólares para tê-los de volta. Seja por uma série de mudanças tentando acompanhar as apropriações que os usuários fazem das ferramentas: O Orkut perde usuários para o Facebook e modifica seu design. Se o resultado não é o esperado, a Google, empresa dona do site de rede social orkut.com cria um novo site de rede social, o Google +, e tenta obrigar os usuários de suas outras ferramentas a se conectar a ela. O site twitter.com modifica sua pergunta e o seu design.

“prerrogativa particular”, esses discursos hegemônicos (e turbulentos) como os de Keen, precisam ser reafirmados a todo instante.²³

Na Tecnosfera e na Poderesfera, assim como nas apropriações sociais das ferramentas via escrita e leitura, o conservadorismo da mídia são as expressões visíveis dessa luta que é diária e está longe de apresentar novas e definitivas soluções.

Dois lados opostos; o que aposta na concepção de expressão, congelando diálogos e pretendendo a manutenção do monopólio da palavra e, consequentemente, da riqueza; de outro, o que está produzindo uma maneira de olhar para o mundo não somente para expressá-lo, mas também para compreendê-lo. Encontrar esse olhar no interlugar/entrelugar é participar da corrente da compreensão.

Estamos, assim, diante de uma sociedade que está morrendo e uma que está nascendo. A sociedade do futuro será uma amálgama dialógica dessas duas. Dito de outra maneira, a sociedade do futuro será resposta a essas duas. A que está morrendo expressa o mundo em nome de um grupo que o domina heemonicamente. A que está nascendo compreende o mundo em dialogia, exigindo o pensamento diferente, exigindo o outro.

ENTRE HUXLEY E ORWELL, EU PREFIRO TOFFLER

1984, de George Orwell, é a expressão de um sentimento, e é uma advertência. O sentimento é de quase desespero acerca do futuro do homem, e a advertência é que, a menos que o curso da história se

23 MIOTELLO, V. **A construção turbulenta das hegemonias discursivas. O discurso neoliberal e seus confrontos.** Tese de doutoramento. Instituto de Estudos da Linguagem, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001.

altere, os homens do mundo inteiro perderão suas qualidades mais humanas, tornar-se-ão autômatos sem alma, e nem sequer terão consciência disso.²⁴

Em seu prefácio de 1961 para o romance *1984* de George Orwell, Erich Fromm afirma que o sentimento de desesperança no futuro do homem contrasta marcadamente com uma das características mais fundamentais do pensamento ocidental: “a fé no progresso humano e na capacidade do homem de criar um mundo de justiça e paz” (p. 365).

Fromm aglutina o romance de Orwell a dois outros romances: o russo *Nós*, de Zamyatin e *Admirável mundo novo* de Aldous Huxley. Para Fromm, essa trilogia pode ser chamada de “utopias negativas” de meados do século xx.

Segundo Fromm,²⁵ tais utopias negativas “expressam o sentimento de impotência e desesperança do homem moderno”. Afirma ainda que esse é um dos maiores paradoxos da modernidade, pois, no início da era industrial, o homem era repleto de esperança.

Quatrocentos anos mais tarde, quando todas as esperanças são realizáveis, quando o homem pode produzir o suficiente para todos, quando a guerra se tornou desnecessária porque o desenvolvimento técnico pode dar a qualquer país mais riqueza do que as conquistas territoriais, quando este planeta está em processo de se tornar tão uno quanto era um continente quatrocentos anos atrás, no momento exato em que o homem está prestes a concretizar sua esperança, ele começa a perdê-la.

Trata-se, portanto, de colocar os três romances como utopias negativas do final da sociedade de Segunda Onda descrita por Toffler.²⁶ Retirando do ho-

24 FROMM, E. (1961). Posfácio. In.: ORWELL, G. 1984. Trad. de Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

25 Ibidem. p. 369.

26 TOFFLER, op. cit.

rizonte o livro de Zamyatin, porque o próprio Fromm afirma se assemelhar, nos aspectos principais, ao livro de Huxley, *Admirável Mundo Novo* e *1984* são as utopias negativas sobre as relações da sociedade com a informação, que se contrapõe às memórias de futuro de *A Terceira Onda*.

Em maio de 2009 o cartunista Stuart McMillen publicou, em forma de charge, o que seriam as principais ideias contidas no prefácio do livro de Niel Postman “Amusing ourselves to death: Public discourse in the age of show business”. Reproduzo o texto completo da charge na tabela abaixo porque ele reflete a assimilação dessas utopias negativas por aqueles (e Humberto Eco é o exemplo mais expoente) que tentam olhar para os fenômenos atuais da sociedade da internet.

Tabela 1: Texto da Charge de Stuart McMillen²⁷

O que Orwell temia era aqueles que baniriam os livros.	O que Huxley temia era que poderia não haver razão para banir um livro, porque não haveria quem o desejasse ler.
Orwell temia aqueles que nos privariam da informação.	Huxley temia aqueles que nos forneceriam tanta informação que nós seríamos reduzidos à passividade e ao egoísmo.
Orwell temia que a verdade seria escondida de nós.	Huxley temia que a verdade estaria imersa em uma mar de irrelevância.

²⁷ Traduzi livremente o texto da charge, que está originalmente em inglês. Também retirei as imagens, pois o texto é suficiente para os objetivos propostos aqui. A fonte da imagem é o endereço virtual <<http://classicosuniversais.files.wordpress.com/2011/07/2009-05-amusing-ourselves-to-death.png>>. Acessado em 03/03/2014.

Orwell temia que nos tornaríamos uma cultura aprisionada.	Huxley temia que nos tornaríamos uma cultura trivial, preocupada com algum equivalente do cinema sensível, das orgias e dos jogos triviais.
Como Huxley observou em “Admirável mundo novo revisitado” os defensores das liberdades civis e os racionalistas que estão sempre em estado de alerta para se opor a tirania “falharam em levar em conta o apetite quase infinito do homem para distrações”.	Em 1984, as pessoas são controladas pela dor. Em Admirável Mundo Novo, elas são controladas por prazer. Em resumo, Orwell temia que o que odiamos nos destruísse. Huxley temia que o que amamos nos destruísse.

A questão filosófica das utopias negativas de Huxley e Orwell, filosófica, antropológica, psicológica e talvez também religiosa, segundo Fromm é a seguinte:

Pode a natureza humana ser modificada de tal maneira que o homem esquecesse seu desejo de liberdade, dignidade, integridade, amor – ou seja, pode o homem esquecer que é humano? Ou tem a natureza humana uma dinâmica que reagiria à violação dessas necessidades humanas básicas com a tentativa de transformar uma sociedade inumana numa sociedade humana? ²⁸

Toffler traz questões muito parecidas no capítulo 14, ao refletir sobre o que chamou de “O Meio Inteligente”, que é, na verdade, se pensado nos dias atuais, a junção entre o computador e a internet:

28 FROMM, op. cit. p. 370.

O Irmão Maior poderá realmente controlar cada torradeira e aparelho de televisão, cada motor de automóvel e aparelho de cozinha? Quando a inteligência for distribuída amplamente através de todo o ambiente, quando puder ser ativada por usuários num milhar de lugares ao mesmo tempo, quando os usuários do computador puderem comunicar-se uns com os outros sem terem de ir ao computador central (como fazem em muitas redes distribuídas), o Irmão Maior ainda poderá controlar as coisas? Em vez de ampliar o poder do estado totalitário, a descentralização da inteligência poderá, de fato, enfraquecê-lo? ²⁹

O livro de Niel Postman é um livro sobre a possibilidade de que Huxley estivesse certo, ao construir ficcionalmente uma civilização extremamente alienada, não pela falta, mas pelo excesso, e não Orwell, que construiu sua ficção sob a perspectiva da falta, do cerceamento. Por fugir dessas dicotomias, Toffler parece construir uma memória de futuro, pois, ao descrever o final do industrialismo e o início da Era da Informação, contempla a existência das duas perspectivas, mas avança analisando as possibilidades concretas e positivas para que os indivíduos desse novo momento consigam superar o constrangimento produzido pelo industrialismo³⁰ ficcionalizado por Orwell e o excesso informacional ficcionalizado por Huxley.

²⁹ TOFFLER, op. cit. p. 177.

³⁰ “O homem industrial (...) passava grande parte da sua vida num ambiente de estilo de fábrica, em contato com máquinas e organizações que apequenavam o indivíduo. (...) Tipicamente criou-se numa família nuclear e foi para uma escola estilo fábrica. Recebeu a sua imagem básica do mundo através dos veículos de comunicação em massa. Trabalhava para uma grande companhia, ou agência do governo, pertencia a sindicatos. Igrejas e outras organizações – a cada uma das quais distribuía uma parcela de sua pessoa dividida.(...) Defrontando-se por essa realidade, rebelava-se sem sucesso. Lutava para criar um meio de vida. Aprendia a jogar os jogos requeridos pela sociedade, adaptados aos papéis que lhe eram destinados, frequentemente detestandoos e sentindo-se vítima do próprio sistema que melhorava o seu padrão de vida. Sentia o tempo retilíneo a levá-lo implacavelmente para o futuro com seu túmulo à espera. E enquanto o seu relógio-pulseira tiquetaqueava os momentos, ele se aproximava da morte sabendo que a Terra e todos os indivíduos que havia nela, inclusive ele mesmo, eram apenas parte de uma máquina cósmica maior, cujos movimentos eram regulares e implacáveis.” TOFFLER, A. Op.cit., p. 125-126.

Uma dessas possibilidades se apresenta concretamente nesse momento em que a sociedade discute a regulamentação do Marco Civil da Internet. Tomando o conceito de liberdade de expressão sem o rediscutir no contexto das apropriações sociais das ferramentas do computador e da internet, a sociedade continua atuando de forma absolutista no que diz respeito à expressão.

O desgosto pela liberdade da expressão de todos e a defesa da liberdade da expressão como privilégio de alguns, explicitado em falas como a de Humberto Eco e Marcel Leonardí, ao mesmo tempo em que critica a sociedade porque a enxerga como a enxergou Huxley, legitima um discurso elitista e excludente que leva ao totalitarismo descrito por Orwell. Eis o duplo vínculo!

A reflexão de Toffler é pertinente justamente porque trabalha com uma política da diferença, não excludente, praticamente uma dialogia, mesmo que o autor não chame sua lógica dessa forma. Por isso da preferência não pelos romances utópicos negativos de Huxley e Orwell, mas pela historiografia da memória de futuro de Toffler, porque ela está no campo do possível.

O possível agora é compreendermos que os sujeitos da sociedade atual estão em busca de compreensão falando e ouvindo, escrevendo e lendo, com uma intensidade nunca antes vista. Tais ações lingüísticas abrem a possibilidade de deixarmos superarmos a noção subjetivista e idealista de expressão, a noção objetivista e abstrata de língua, e defendermos nos nossos dispositivos legais – a Regulamentação do Marco Civil da Internet – o Direito à Compreensão.

Mais amplo e fundamentalmente dialógico, o Direito a Compreensão abarcaria aqueles princípios que a sociedade atual nos demanda todos os dias, os quais ainda insistimos em criticar, mas que são os únicos que podem nos levar a uma revolução social sem precedentes na história da humanidade:

PRINCÍPIO 1º Todos possuem o direito de ouvir todas as versões possíveis sobre os fatos do mundo, porque a diversidade de olhares enriquece o próprio olhar.

PRINCÍPIO 2º Todos possuem o direito de responder aos fatos do mundo e às versões que lhe forem apresentadas, oferecendo a própria versão da forma como quiser.

PRINCÍPIO 3º Todos possuem o direito de receber da alteridade as respostas às suas versões dos fatos do mundo, porque é assim que se constituem as identidades provisórias com as quais vivemos.

Se a regulamentação do Marco Civil da Internet estiver assentada sobre esses três princípios não haverá argumentos contra a proteção de dados e contra a neutralidade da rede. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

BAKHTIN, M. M. (VOLOCHINOV, V. N). **Marxismo e Filosofia da Linguagem: problemas fundamentais do método sociológico da linguagem**. Trad. de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira, com a colaboração de Lucia Teixeira Wisnik e Carlos Henrique D. Chagas Cruz – 12 ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

FROMM, E. (1961). Posfácio. In.: ORWELL, G. 1984. Trad. de Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GRUPO DE ESTUDOS DOS GÊNEROS DO DISCURSO. **Palavras e contrapalavras: Glossariando conceitos, categorias e noções de Bakhtin**. São Carlos: Pedro & Joao Editores, 2009.

GERALDI, J. W. **Linguagem e ensino: exercícios de militância e divulgação**. Campinas: Mercado de Letras, 1996.

_____. **Ancoragem. Estudos Bakhtinianos**. São Carlos: Pedro & Joao Editores, 2010.

HORTA, C. **A crise das mídias alternativas e a mídia da crise**. In.: Agencia Carta Maior. Disponível em <www.agenciacartamaior.uol.com.br>, 2006. Acessado em 18/03/2014.

HUXLEY, A. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MCMILLEN, S. **Amusing ourselves to death**. Disponível em <<http://classicosuniversais.files.wordpress.com/2011/07/2009-05-musing-ourselves-to-death.png>>, 2014. Acessado em 03/03/2014.

MIOTELLO, V. **A construção turbulenta das hegemonias discursivas. O discurso neoliberal e seus confrontos**. Tese de doutoramento. Instituto de Estudos da Linguagem, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2001.

ORWELL, G. 1984. Trad. de Alexandre Hubner, Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RAMA, A. **A cidade das letras**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

TOFFLER, A. **A Terceira Onda. A morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização**. Trad. De João Távora. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

WEBESFERA E DEMOCRACIA DIGITAL: DESAFIOS PARA O ACESSO DIGITAL ÉTICO E INCLUSIVO NO BRASIL

*Luciana Cristina de Souza*¹

*Kym Marciano Ribeiro Campos*²

*Luena Abigail Pimenta Ricardo*³

INTRODUÇÃO

A democracia é uma conquista muito grande para todos os brasileiros considerando o cenário social e político autoritário vivido até o período anterior à vigente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, e que possui a alcunha de Carta Cidadã. Nas últimas décadas as instituições do Estado têm passado por uma intensa reformulação com o intuito de assegurar que as promessas feitas no processo de redemocratização fossem cumpridas. Considerando-se que ainda não se alcançou a efetividade esperada para o modelo democrático nacional, o qual foi iniciado com o processo de redemocratização das décadas passadas e, ainda, os problemas enfrentados pelas instituições políticas em sua reconfiguração, hoje, soma-se a isto um novo desafio que pode contribuir tanto para a inclusão democrática quanto para o aumento da exclusão, criando-se uma democracia fictícia. Este fenômeno que alterou o modo como a democracia se desenvolverá doravante é a cibercultura, iniciada com o período de expansão da internet após a década de 1990, também conhecida como Era Digital.

-
- ¹ Doutora em Direito pela PUC Minas, Pesquisadora CNPq, Coordenadora do Grupo de Estudo e Pesquisa Direito e Sociedade Digital (GESD) da Faculdade Milton Campos, Nova Lima, Brasil. E-mail: dralucianacsouza@gmail.com
 - ² Bolsista CNPq, Graduando do 7º período do Curso de Direito da Faculdade Milton Campos, Nova Lima, Brasil, e Integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa Direito e Sociedade Digital (GESD). E-mail: kymrc31@gmail.com
 - ³ Bolsista FAPEMIG, Graduanda do 3º período do Curso de Direito da Faculdade de Milton Campos, Nova Lima, Brasil. E-mail: luluangola@ig.com.br

Serão analisadas a seguir algumas características centrais da Era Digital para melhor compreensão sobre o modo pelo qual ocorreu a reestruturação da sociedade brasileira devido à forma de interação humana que surge com a utilização deste novo meio de contato e troca de experiências, o qual impactou fortemente no acesso a direitos e demandou, conseqüentemente, maior preocupação do Estado em direcionar suas políticas públicas no setor para garantir, por meio de uma governança equilibrada e justa, a ampla participação cidadã, promovendo-se sempre que necessário a inclusão dos segmentos que tenham maior dificuldade financeira ou de conhecimento para se inserirem no acesso tecnológico. Isso se fez necessário porque a rede é um sistema aberto, mas nem sempre acessível igualmente por todos e esta defasagem de acesso pode gerar diminuição no grau de cidadania do qual os brasileiros efetivamente usufruem, em especial os que pertencem a grupos minoritários.

O ESPAÇO SOCIAL DIGITAL OU CIBERESPAÇO

O que se convencionou chamar de sociedade digital é o período histórico-social no qual as relações humanas passaram a ser realizadas de modo não presencial pelo uso de tecnologias como suporte da ação humana. Disto deriva a nomenclatura “cibercultura” do termo grego *kyber* (como no termo “cibernético” - κυβερνο) e significa ao desenvolvimento de uma forma de sociabilidade (cultura) pelo uso de meio técnicos: “No caso específico de cibercultura – termo da contemporaneidade – vamos às origens combinadas do grego (*kybernan* ou *kubernan*) e do latim (*colere*) para compreender o sentido subjacente do termo que se concretiza em nossa rotina digitalizada⁴”. *Colere* deu origem a colher, cultivar: “É a ação humana (ordenada, procedural e, portanto, controladora) sobre os frutos de sua natureza (materiais e intelectuais)⁵.”

4 CORRÊA, Elizabeth Saad. Fragmentos da cena cibercultural: transdisciplinaridade e o “não conceito”. **REVISTA USP**, São Paulo, n.86, p. 6-15, junho/agosto 2010, p. 11.

5 *Ibidem*.

E estes frutos nascem da interação humana, agora, envolta por uma série de recursos tecnológicos – “maquinismo”, segundo Francisco Rüdiger⁶ – que criam um espaço novo de intersubjetividade de natureza virtual, posto não necessitar de presença física. É uma das características centrais da cibercultura, portanto, a intermediação da interação humana pelo uso de máquinas e seus aplicativos de funcionamento. Isto muda completamente o meio de comunicação e acaba se refletindo em como as mensagens (atos de fala, gestos, imagens, sons) são interpretados neste novo ambiente interacional. Outra característica central também ligada ao maquinismo cibernético é o rompimento de fronteiras geográficas pela possibilidade de se dispensar o deslocamento físico, já que as relações são não presenciais. Pierre Lèvy⁷ denomina a este fenômeno de desterritorialização da interação humana – e do conhecimento igualmente –, o que amplifica os contatos dos sujeitos em conexão uns com os outros já que podem se comunicar com pessoas de outros países sem a necessidade de se saírem do local em que atualmente se encontram, simulando experiências, inclusive, por meio da aprendizagem com as vivências do outro com quem interage na rede.

É destas duas características – virtualização (intermediação da interação pelo uso de tecnologia) e desterritorialização – que decorre o aspecto de “rede” da internet, pois há vários pontos que, embora distantes, podem ser conectados por meio de equipamentos e aplicativos de programação, os quais viabilizam a comunicação não presencial e imediata entre os usuários do sistema. Esta última é a terceira característica central da cibercultura: as relações humanas, não obstante a distância física, desenvolvem-se em tempo real. O “outro” é uma realidade que pode ser apreendida no mesmo instante em que envio-lhe uma mensagem (textual, audiovisual, simbólica) e que tem, também possibilidade de responder ao estímulo interacional na mesma hora, como em um diálogo presencial. E a percepção do “outro” se faz pelo reconhecimento de sua participação na interação social em meio virtual que gera o discurso

6 RÜDIGER, Francisco. **As teorias da cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 8 – 14.

7 LÈVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa, São Paulo: 34, 1999, p. 159.

comunicativo, se a intenção é obter uma relação humana ética na internet, a qual tenha *pretensão de validade*⁸.

Claro, nem por isso as comunicações serão sempre qualitativamente interessantes, efetivamente comunicativas ou contribuirão para o aumento de conhecimento, mas são, sim, possíveis de serem efetuadas face a face. Adotando um viés de análise sobre comunicação que pode ser alinhado à perspectiva habermasiana, Pierre Lèvy acredita na construção de uma forma de “inteligência coletiva” resultado da soma destes esforços simultâneos e múltiplos que podem ser aplicados à aquisição de saber e de experiência. Esta relação com o outro, de natureza prática pela interação na rede, possibilitaria a ressignificação compartilhada do conhecimento vivenciado por essa forma digital de intersubjetividade.

Precisamente, o ideal mobilizador da informática não é mais a inteligência artificial... mas, sim, a inteligência coletiva, a saber, a valorização, a utilização otimizada e a criação de sinergia entre as competências... por novas formas de organização e de coordenação flexíveis e em tempo real⁹.

O compartilhamento de informações é a quarta característica central da Era Digital, pois para participar pressupõe-se que o sujeito contribua com sua experiência pessoal para uma rede de saberes que se forma *on line*. É intrínseco na interação em meio virtual a “postagem” (transferência de conteúdos dos usuários para os bancos de dados digitais, em geral abertos) e materiais para serem vistos, comentados e utilizados por outros usuários, tais como fotos, textos, sons, vídeoaulas, etc. Segundo Corrêa¹⁰: “[Nos anos de 1960] O objeto (ciber)cultural representativo foi a experiência de espaço textual informativo e interdisciplinar compartilhado...”. Os primeiros bancos de dados

8 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013, p. 125.

9 LÈVY, Pierre. Op.cit., p. 1671.

10 CORRÊA, Elizabeth Saad. Op.cit., p. 13.

compartilhados para uso informacional surgiram de parcerias entre pesquisadores após o movimento de contracultura dos anos de 1950-1960.

O advento da internet aumentou exponencialmente a possibilidade destes arquivos gigantes e mundialmente partilhados serem construídos por meio de interação virtual desterritorializada. Isto fez com que o uso de tecnologia para essa troca de informações e experiências de modo a aperfeiçoar o conhecimento e as formas de desenvolvimento de projetos humanos fosse as alcu-nhasse de “tecnologias intelectuais”¹¹. Porém, se o uso de tais recursos digi-tais potencializa efetivamente o esforço de grupos humanos em interação, ou não, como pretendido, é algo que se deve questionar sob a ótica da democra-cia, principalmente considerando-se o seu sentido mais amplo, como se verá a seguir. É preciso refletir, como se fará nos tópicos seguintes, que além de caraterísticas positivas, a Era Digital também possui caraterísticas negativas, as quais prejudicam o cará ter ético e verdadeiramente comunicativo das rela-ções intersubjetivas em meio digital, como aponta Eugênio Trivinho:

A) DROMOCRACIA

De acordo com Trivinho¹², a dromocracia é o fenômeno da aceleração do rit-mo da interação social (comunicações e respostas). Nos dias atuais, como a utilização de máquinas possibilita que as atividades humanas sejam desempe-nhadas em tempo real, colaborativamente (incrementando o esforço) e com apoio artificial de programas e equipamentos isto faz com que as pessoas tenham uma expectativa de redução do período dedicado à realização das mes-mas. Exemplos disso são a impaciência na espera por e-mails, a cobrança de retorno dos comentários em relação aos conhecidos que acessam suas men-sagens em aplicativos como WhasApp (o *software* permite visualizar quando a mensagem foi lida pelo remetente) e o número excessivo de horas-extras dos

11 LÉVY, Pierre. Op.cit., p. 157.

12 TRIVINHO, Eugênio. Cibercultura, sociossemiose e morte: sobrevivência em tempos de terror dromocrático. Fronteiras: estudos midiáticos – **Revista do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Unisinos/RS**, São Leopoldo, vol. 5, n. 2, p. 97-124, dez. 2003, p. 63; 70.

trabalhadores em *home Office* (embora ofereça flexibilidade na gestão do trabalho, há menor rigidez quanto ao tempo de conexão). O termo *Just in time* não é mais uma expressão da indústria para entregas calculadas e programadas cronologicamente; também pode ser aplicado às nossas expectativas recíprocas de interação social na internet.

Logo, o fenômeno sociodromológico¹³ consiste em uma nova realidade interacional na qual as relações humanas não somente devem ser realizadas a contento considerando as regras sociais de conduta, bem como há nelas um elemento novo, a rapidez com que se espera que sejam executadas (*dromo*, do grego, significa velocidade, como na palavra autódromo). Isso impacta diretamente no modo como a democracia digital poderá ser praticada, pois não basta disponibilizar os recursos digitais, é preciso, também, ampliar o acesso. Para que isto ocorra é preciso vencer alguns desafios apontados por Trivinho:

B) DROMOAPTIDÃO

A dromocracia imprime um alto grau de stress e de exigência nas relações sociais, além de afetar a inclusão social de muitas pessoas, pois como assevera Trivinho¹⁴, para interagir tão rapidamente no ambiente digital de compartilhamento de informações é necessário ter: habilidade em usar as tecnologias disponíveis como os teclados sensíveis (ou em telas de sistema *touch* - toque dos dedos na tela do dispositivo); domínio da linguagem específica usada pelos aplicativos contidos ou instalados nos equipamentos; condições intelectuais de assimilar as atualizações de sistema na velocidade intensa em que elas ocorrem atualmente; adaptabilidade às mudanças de *layout* dos equipamentos e das formas de interatividade por meio dos aplicativos. Logo, é uma questão central de debate na Era Digital a inclusão digital pela projeção de meios físicos de interação com o mundo digital que possam permitir acesso às pessoas cuja capacidade de ser dromoapta possa estar comprometida por

¹³ Ibidem, p. 70.

¹⁴ Ibidem, p. 72.

alguma razão alheia à sua vontade, como no caso dos idosos e dos portadores de necessidades especiais.

C) EXIGÊNCIA DE SENHAS INFOTÉCNICAS

Outro ponto a ser refletido é sobre o custo dos equipamentos e aplicativos necessários para que se tenha efetivo acesso ao mundo digital, chamados por Trivinho¹⁵ de senhas infotécnicas. O autor utiliza esta nomenclatura para indicar tudo aquilo, em termos de recursos materiais e conhecimento, que seja imprescindível para interagir na internet. São exemplos, já citados, os equipamentos (quantidade de memória, capacidade e velocidade do processador de dados, frequência de funcionamento, etc.), a qualidade de infraestrutura da rede digital de conexão (antenas, cabos, malha existente, nível de acesso banda larga, etc.), os programas utilizados para que aqueles funcionem (contando-se, também, com suas atualizações) e as linguagens de comunicação que fazem a conexão entre o usuário e o ambiente virtual. Segundo Procopiuck¹⁶, os *hyperlinks* são, hoje, um dos principais meios de informação das pessoas para formarem opinião, por isso considera-se relevante que também sejam considerados senhas infotécnicas.

Sem estas senhas, que permitirão o acesso à rede, a pessoa ficará excluída de uma série de informações e de possibilidades de interação para obtenção de conhecimento e, até mesmo, de participar de meios interativos lúdicos e de entretenimento disponibilizados exclusivamente de maneira digital. Infelizmente, o custo econômico de parte destes serviços os coloca distantes de parcela da população brasileira, como ocorre na região amazônica, na qual em boa parte do território a internet precisa ser via satélite pela impossibilidade de antenas de celular e cabeamento subterrâneo. Sem a criação de polos de apoio à população, por exemplo, torna-se inviável a inclusão digital.

15 Ibidem, p. 72.

16 PROCOPIUCK, Mario; FREY, Klaus. Redes de políticas públicas e de governança e sua análise a partir da websphere analysis. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 63-83, Out. 2009, p. 67.

D) VIOLÊNCIA DA TÉCNICA

Por fim, Trivinho¹⁷ aponta o problema de domínio da internet por alguns grupos (por motivos econômicos ou de influência política) fazendo com que a determinação sobre o modo pelo qual a inserção digital irá acontecer seja por eles controlada. A violência, e seu extremo que é a morte digital, acontecem quando: há práticas de ciberterrorismo; as senhas infotécnicas não estão acessíveis; a dromoaptidão exigida é de um nível muito alto para se acessar os aplicativos e usar os equipamentos; há ação de grupos contra segmentos da sociedade usando-se do ambiente virtual para potencial impunidade. Ou seja, toda forma de exclusão é denominada por este autor como sendo causadora de violência da técnica. Por isso, é de fundamental importância que existam políticas públicas sobre inclusão digital e sobre governança do uso da rede, em ambos os casos amparadas as ações estatais em valores éticos garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e pelo Marco Civil da Internet.

Pode-se, então afirmar, que embora a Era Digital tenha trazido os benefícios enumerados, dentre outros, há de se refletir igualmente a respeito dos desafios e problemas que podem surgir em razão a este novo tipo de interação humana, que, sem dúvida, merece regulação adequada para proteger os indivíduos e também assegurar direitos sociais como educação, a qual pode ganhar muito com os recursos ofertados pelas tecnologias digitais, notadamente no caso do acesso ao conhecimento pelas pessoas de locais mais distantes em relação aos grandes centros. A democracia digital depende de atenção a estes requisitos, já que ela representa uma “articulação de redes de políticas públicas apoiadas na *web*”¹⁸.

¹⁷ TRIVINHO, Eugênio. Op.cit., p. 72.

¹⁸ PROCOPIUCK, Mario; FREY, Klaus. Op.cit., p. 63.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NA WEBSFERA

Esta webesfera, então, tem diante de si o desafio de alcançar a ética nas relações humanas em meio digital, pois neste espaço a prática discursiva nem sempre se volta à produção de consensos, como pretendia Habermas, mas muitas vezes possui caráter realmente estratégico, pois não se pode negar que, na prática, todo discurso inclusivo está sujeito a restrições provocadas pelas ações dos sujeitos em interação¹⁹. A internet, especialmente relativamente às redes sociais digitais, abre espaço para um número muito maior de clivagens políticas, culturais e sociais, devido à amplitude dos pontos de conexão possíveis. Por causa disso, há mais complexidade no cenário de disputas sociais por políticas públicas. Grupos distintos se unem por causas comuns, já não atuando de modo tão individualizado como nos movimentos sociais até a década de 1980, e novos atores sociais surgem, assim como novos mecanismos de atuação coletiva para pressionar o Estado em prol das demandas existentes, como ocorreu nas manifestações dos anos de 2013 a 2015 organizadas pelas redes sociais digitais como Facebook, Twitter, WhatsApp, etc. o que caracteriza a fluidez das interações digitais: “Diante de tais características é mais provável que nessas redes a elaboração de políticas de caráter público seja mais plural e com tendência a maiores possibilidades de conflitos²⁰”.

Além disso,

O grande diferencial da Internet consiste no fato de que as comunidades virtuais, enquanto corpos orgânicos, definem e objetivam valores éticos e códigos informais de conduta. (...) Devem ser aceitas por consenso e adaptadas às singularidades, práticas e tradições dos grupos²¹.

19 HABERMAS, Jürgen. Op.cit., p. 127.

20 PROCOPIUCK, Mario; FREY, Klaus. Op.cit., p. 65.

21 MORAES, Dênis. A ética comunicacional na internet. **Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação**, Universidade de Beira, Portugal, julho de 2000, p. 9. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/moraes-denis-etica-internet.pdf>>. Acesso em 26 de abril de 2015.

Segundo Dênis Moraes, a cibernética é, então, outro ponto de desafio para a interação em meio digital, já que ela representa o “conjunto de postulados de reciprocidade para a autogestão democrática do ciberespaço²²” (grifo nosso), muitas vezes com a tendência a se desvincular das estruturas formais de regulação de conduta – o que, aliado ao aspecto desterritorializado da rede implica em problemas de jurisdição na defesa de direitos dos usuários conectados – e, ainda, complexa quanto à sua avaliação já que se ajusta mais às singularidades do que a uma norma geral, pois o próprio caráter fragmentado da internet dificulta a universalização de padrões comportamentais – conquanto existam modelos *standard* assumidos pelos usuários na relação com o outro na rede, há intenso processo de apropriação da informação (imagem, som, texto, gráfico, etc.) fornecida pelo “leitor”, o qual intervém sobre a forma que ela assumirá e pela qual será repassada adiante, os chamados *memes* (montagem de fotos com textos de comentário) são um exemplo. Por isso o estabelecimento de uma ética para a interação na internet que seja acordada entre os usuários é imprescindível, embora seja muito difícil de ser alcançada, uma vez que poderia equilibrar-se com o peso das singularidades e do aspecto fragmentário e desterritorializado da rede, os quais criam obstáculos à punição de delitos muitas vezes.

Desse modo, considerando os desafios novos que a interação em meio digital trouxe consigo, pode-se afirmar que os conceitos de participação e deliberação democráticos sofreram alterações significativas em relação ao modo pelo qual foram concebidos na Modernidade, assumindo-se que a Era Digital seria um marco importante para a pós-modernidade, ou hipermodernidade, de acordo com Gilles Lipovetsky e Sébastien Charles, que consideram este termo mais apropriado para a época atual, como expõem em sua obra *Os tempos hipermodernos*, publicada em 2004 por Edições 70. Pierre Lèvy²³, *v.g.*, também adota o prefixo *hiper* para designar os elementos típicos da Era Digital: hipertexto, hiperlink, hipermissão. O prefixo *hiper* significa, hoje, uma forma

²² Ibidem, p. 10.

²³ LÈVY, Pierre. Op.cit., p. 157-158.

de indicar tudo aquilo que se refere a esta época em que as relações humanas se sobrepõe ao paradigma moderno de interação social, ou seja, aquelas formas intersubjetivas que vão além dos limites interacionais conhecidos e que envolvem um alto grau de envolvimento dos sujeitos (em larga escala), o que a torna uma rede de interconexões muito maior do que se pode obter usando apenas meios não tecnológicos.

Um exemplo da força da hipermodernidade criada pela era tecnológica é o modo pelo qual as pessoas se organizaram no Brasil para as manifestações de rua em 2013. Segundo pesquisa feita pela Confederação Nacional dos Transportes, apenas 20,5% dos respondentes disseram ter tido conhecimento dos eventos por outro meio distinto da internet (CNT, 2013; ver também o mapa digital do fluxo das manifestações feito pela empresa SCUP à época disponível no link: <http://youpix.virgula.uol.com.br/protestabr/da-pra-medir-o-fluxo-das-redes-sociais/>).

No paradigma atual, portanto, os atores sociais podem se valer das informações e das redes de contato oferecidas pelas mídias sociais digitais para serem mais proativos e adquirirem capacidade de influenciar o sistema político por meio de sua capacidade relacional potencializada pela internet²⁴. Nesse contexto, o conceito de *webesfera* pode ser descrito da seguinte maneira:

Uma *policy websphere* situa-se como um meio informacional e, ao mesmo tempo, de expressão de articulações estratégicas voltadas à obtenção de legitimação e integração reflexiva em meio a outros distintos processos institucionais implexos em amplos contextos de relações sociopolíticas. Os papéis expressos na *policy websphere* em tais contextos explicitam, assim, modos de participação em um universo que inclui e transcende a ordem institucional. Nessa esfera da manifestação sociopolítica no ciberespaço, são virtualmente dispostos e passíveis a serem localizados acontecimentos coletivos, incluindo

24 PROCOPIUCK, Mario; FREY, Klaus. Op.cit.

ações passadas, presentes e perspectivas estratégicas futuras dos atores nelas envolvidos. As informações que circulam na *websphere* registram a memória de valores compartilhados pelos atores e servem para informá-los e atribuir legitimidade às ações desenvolvidas coletivamente. Em relação ao futuro, nelas são estabelecidos amplos quadros de referência para ações coletivas vindouras²⁵.

Assim, o *modus operandi* pelo qual a atuação política do cidadão brasileiro se desenvolve nos dias atuais deve levar em consideração, indubitavelmente, a influência da forma digital de relação humana e de articulação de esforços comuns visando pressionar o Estado em favor das políticas públicas pretendidas, pois o exercício da democracia digital tem aspectos bastante controversos, uma vez que, ao mesmo que tempo em que o ciberespaço amplifica as possibilidade de atuação direta dos indivíduos, nem por isso assegura sempre uma participação qualitativa e crítica dos mesmos. A chamada webesfera²⁶ é um novo *locus* de debate público sobre políticas públicas, todavia, é preciso refletir sobre o *modus operandi* político nesse contexto, uma vez que a interação no mundo virtual exige pré-requisitos nem sempre oferecidos à população brasileira de maneira suficiente para a ampla e clara acessibilidade a conteúdos e a fóruns de discussão.

Por exemplo, a participação dos idosos na internet cresceu significativamente nos últimos anos²⁷, mas ainda é preciso garantir que a democracia dessas relações virtualizadas – sua rapidez excessiva, muitas vezes configurando uma forma de violência da técnica²⁸ – não exclua da interação públicos-alvo cujo domínio dos instrumentos tecnológicos seja complexo. O mesmo ocorre com a necessidade de tecnologias assistivas e de acessibilidade para pessoas com deficiência física visual, motora, etc. Sem esse caráter inclusivo para todos os

25 Ibidem, p. 68.

26 Idem.

27 VEJA on line, Vida Digital, 16 de maio de 2013 – A terceira idade invade a internet.

28 TRIVINHO, Eugênio. Introdução à democracia cibercultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização midiática avançada. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, nº 28, p. 72, dezembro, 2005.

cidadãos que desejem opinar e agir por meio dos instrumentos tecnológicos da democracia digital se deve, então, questionar se as relações entre Estado e indivíduos, bem como destes entre si, seriam ou não éticas, visto que os obstáculos de acesso podem gerar a subcidadania²⁹ destas pessoas.

Assim, ética e inclusão devem ser dois valores norteadores da democracia digital, uma vez que sem elas pode ocorrer, com até relativa frequência, a submissão de algumas vontades aos interesses dos grupos que melhor “dominem” os recursos tecnológicos. Eles poderiam monopolizar discussões importantes sobre políticas públicas, por exemplo, pela sua maior facilidade e acesso a meios tecnológicos avançados, já que o processo infundável de atualizações é marca registrada da Era Digital, desse modo influenciando a aplicação de recursos do Poder Público em prol de causas particulares e não de bem comum.

Também é fundamental considerar a necessidade de “treinamento” para uso qualitativo dos recursos tecnológicos e assegurar subsídios para o acesso a estes meios por toda a população – cerrado nordestino, região amazônica, periferias urbanas, etc. – o que pode ser deduzido do princípio da finalidade social da internet prescrito no texto legal do Marco Civil para esta área, Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, Art. 2º, inciso VI. Também se coaduna com o Art. 4º da citada legislação, em seu inciso I, em que se lê: “Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos”. O inciso IV do Art. 4º também se alinha à esta concepção de inclusão digital ao prescrever que os padrões tecnológicos adotados no país sejam, obrigatoriamente, *abertos* e permitam a *acessibilidade* pelos usuários.

Estas garantias mínimas são essenciais para a participação efetiva na democracia digital, compreendendo-se esta atuação dos indivíduos nas relações intersubjetivas de natureza social e política, principalmente, como *oportunidades iguais* de apresentar a própria opinião aos outros³⁰. Esta

29 SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2003, *passim*.

30 DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, p. 49.

participação democrática depende, por sua vez, da *inclusão dos adultos* residentes permanentes em um território político, “que deveriam ter o pleno direito de cidadãos³¹”. Nesse mesmo sentido, segundo o professor Dalmo Dallari, pode-se afirmar que:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social³².

É preciso recordar que o exercício da cidadania é uma garantia constitucional previsto na Constituição da República do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, dentre outros dispositivos, em seu artigo 5º.

ART. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O artigo supracitado, pétreo, mostra os direitos básicos e subsidiários que todo e quaisquer indivíduo, em suma, deveria ter. A internet, a partir de sua popularização veio como instrumento viabilizador da cidadania, garantindo que essa pudesse ser exercida por meio também da esfera online pelas mais diferentes plataformas interativas. A partir dessa ampliação do paradigma de interação, o cidadão pode ser também ser conhecido como virtual, e caracterizado por muitos estudiosos como aquele que contribui para o aprimoramento e desenvolvimento da interação digital.

31 Ibidem, p. 50.

32 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 14.

Para, de fato, garantirmos um Estado com legitimidade é necessário um nível de participação social que englobe de fato todos os cidadãos. As decisões governamentais que contam com colaboração do povo têm mais aceitação, o que torna mais efetiva a sua eficácia social, além de ser um passo a mais no grande desafio que é a negociação de espaços públicos de interação social com um caráter diverso que englobem a todos – inclusive aqueles considerados subcidadãos.

Como dito, o conceito de subcidadania foi e é amplamente discutido no país, após apreciação do mesmo por Jessé Souza em sua obra “A Construção Social da Subcidadania³³”. O autor, que inicialmente remete a questões meramente raciais para efeitos de pobreza no país, mão de obra barata, entre outros, conclui a obra observando que, na verdade, a desigualdade social observada e enraizada no Brasil é consequência da falta de reconhecimento da pessoa humana, sobretudo em áreas periféricas, onde esse princípio foi secularizado.

Portanto, a democracia digital na webesfera deve ter por pressupostos: a) a ética; b) a inclusão de todos como cidadãos; c) a alteridade, para que se pense além das questões privadas alcançando também questões de interesse público; d) o respeito a direitos fundamentais individuais e coletivos; e) a qualidade política dos debates, aqui compreendida como a possibilidade aberta de participação e o caráter crítico-contributivo das participações. Sobre a alteridade, ressalta-se o que afirma Dênis Moraes, professor de Comunicação da Universidade Federal Fluminense:

A comunicação na Internet é fundada numa reciprocidade com dimensão comunitária (o telefone é recíproco, mas individual, não permite uma visão do que se passa no conjunto da rede). As emissoras de televisão e de rádio são polos de onde as informações partem e são distribuídas. Mesmo tomando-se em consideração o despontar de soluções

33 SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2003, *passim*.

interativas, existe uma separação nítida entre os núcleos emissores e os destinatários, isolados uns dos outros. Na Internet, há a possibilidade substantiva de participação dos receptores, inclusive, em coletividades desterritorializadas³⁴.

Esta dimensão comunitária, todavia, não se constrói sem a clara percepção de o “outro”, mesmo sendo um estranho para mim, é também um “parceiro”, ainda que involuntário, já que o espaço social em que vivemos é construído por meio da nossa interação conjunta e recíproca. Interferimos na vida uns dos outros constantemente, mesmo por atos involuntários, o que torna a reflexão sobre este caráter coletivo da internet – bem como da vida social fora da rede – imprescindível para a compreensão sobre o modo pelo qual as relações intersubjetivas se desenvolvem.

Tal ética vinculada à alteridade deve ser defendida em seu aspecto axiológico e também em sua efetividade social para que realmente aconteça. Ao tratar sobre subcidadania (2003; 2011), Jessé Souza esclarece, fazendo referência a Axel Honnet, que esse autorreconhecimento como sujeito está muito interligado às “relações afetivas e emotivas familiares como pressuposto para o exercício de toda função pública, seja como produtor útil seja como cidadão³⁵”. Assim, seguindo o mesmo sentido dito pelo autor, acredita-se que a oferta justa e equitativa de acesso tecnológico é o primeiro passo para a inclusão digital; mas para que se preserve realmente a ética nessas relações, é preciso, ainda, o reconhecimento dos indivíduos enquanto sujeitos de modo que possam se sentir aptos a participarem de debates públicos na webesfera.

Apesar de toda interação digital na qual estamos inseridos, a situação atual da participação digital no Brasil não está isenta de problemas. Sem este preparo do cidadão, corre-se o risco de ter o mesmo tipo de fracasso do método

³⁴ MORAES, Dênis. A ética comunicacional na internet. **Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação**, Universidade de Beira, Portugal, p. 2, julho de 2000. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/moraes-denis-etica-internet.pdf>>. Acesso em 26 de abril de 2015.

³⁵ SOUZA, Jessé. A parte de baixo da sociedade brasileira. **Revista Interesse Nacional**, v. 14, p.7.

institucional percebido nas escolas públicas, por exemplo, nas quais a mera oferta de vagas para estudo não se reverte, necessariamente, em aquisição de conhecimento.

Como nunca se vê o pai lendo um jornal, mas apenas fazendo serviços braçais e brincando com os filhos com os instrumentos desse tipo de trabalho, que tipo de sucesso escolar pode-se esperar dessas crianças? Ou quando a mãe os instava para estudar, dizendo que apenas a escola poderia mudar a vida para melhor; que efeito possui esse tipo de exortação se a própria mãe, que havia passa do algum tempo na escola, não havia conseguido mudar a própria vida? Percebemos claramente com nossos informantes que não são os “discursos”, proferidos da boca para fora, mas apenas as “práticas” sociais efetivas³⁶.

DEMOCRACIA NA ERA DIGITAL

Logo, como a internet vem ganhando um grande espaço nesse processo, uma vez que por meio das redes sociais, fóruns de interação, comentários em posts, blogs, entre outros, deu-se margem para a criação de uma esfera pública democrática na webesfera, a qual deve enfrentar as questões problemáticas apontadas no item anterior. Habermas caracterizou a esfera pública como um espaço sociointegrativo de deliberação³⁷. Desse modo, o cidadão que se expressa por meio da internet e de suas vias comunicativas tem maiores oportunidades, hoje, de assegurar seus direitos pelo uso dessa plataforma dentro de um cenário verdadeiramente democrático, o que é p grande desafio dos dias atuais e do qual resulta a necessidade urgente de governança da rede. Especialmente porque a democracia na *web* é muito comentada por ser considerada um instrumento de viabilização das formas de participação direta dos cidadãos.

³⁶ Idem.

³⁷ LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas. **Kriterion**, Belo Horizonte, n^o 121, p. 228; 234, Jun./2010.

A democracia participativa, segundo o estudioso Carlos Eduardo Sell, é aquela em que “podemos entender um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão³⁸”, por isso, pode-se afirmar que ela possui cunho deliberativo e, em razão deste aspecto, tem sido muito utilizada nos processos de aprimoramento democráticos da webesfera. A sociedade civil, nessa perspectiva, é apresentada como um conjunto de interlocutores das múltiplas esferas públicas existentes e em relação às quais deve tentar oferecer recursos interacionais visando coordenar comunicativamente os esforços de debate e construção de políticas públicas³⁹, como os diversos conselhos municipais que envolvem a participação dos cidadãos⁴⁰. O exercício da cidadania, nessa perspectiva, vai muito além da mera participação em processos eleitorais, sendo necessário um grande discurso e argumentação para que o processo seja legítimo.

A esfera pública digital, por sua vez, é a nova dimensão em que os indivíduos deliberam sobre os mais variados assuntos – públicos e privados, por meio da internet. Tal interação no Brasil tem crescido a cada dia, por meio de canais comunicativos na internet que visam garantir o aprimoramento da opinião pública, deliberação entre indivíduos e inserção digital e informativa entre os cidadãos. Facebook, Twitter, Blogger, orçamentos participativos, entre outros, asseguram, de certa forma, cada vez mais a inserção cidadã no Brasil por criarem novos canais abertos de comunicação para o debate acerca de questões públicas. Assim, a subcidadania é, realmente, um grave problema para o fortalecimento do campo democrático digital para todos, sendo de suma importância que essa barreira seja ultrapassada, para que assim a democracia seja alcançada de forma mais efetiva – física ou virtualmente.

38 SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006, p. 93.

39 LUBENOW, Jorge Adriano. Op.cit.

40 SELL, Carlos Eduardo. Op.cit., p. 95.

Nesse contexto, o conceito de Robert Dahl sobre democracia é adequado para se analisar o exercício da cidadania considerando-se a Era Digital e as novas esferas públicas que por meio dela se formam, porque a democracia, segundo este autor, vai além do conceito tradicional do termo, o qual o considera apenas e puramente como um sistema político (não levando em consideração valores e requisitos mínimos para a caracterização de algo como democrático ou não). Dahl estabelece critérios para conceituar a democracia com base em sua efetividade (e sua aproximação com a população). Segundo ele, esses requisitos existem porque é mais simples saber apontar sua falta ou preenchimento e consequente tratamento político equânime ou desigual à população, por mais limitado que seja seu número⁴¹.

Os requisitos citados são inicialmente cinco, sem os quais não é possível a caracterização de determinado sistema como democrático: a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) aquisição de entendimento esclarecido; d) exercer o controle definitivo do planejamento (a população); e) inclusão dos adultos. Dahl explica a necessidade da apresentação desses critérios em uma democracia moderna. Por exemplo, de acordo com ele, é necessário que uma sociedade democrática dê espaço para que todos possam conhecer a opinião de seus iguais e que cada um tenha a possibilidade de discuti-la e esclarecê-la aos demais⁴². É o que possibilitará a efetiva participação, deliberação e consequente representação dos cidadãos de um Estado no poder político.

Porém, alcançar os pontos levantados por Dahl nem sempre é possível devido às dificuldades existentes que deixam a tarefa de construção de uma sociedade democrática ainda mais complexa. É o caso, por exemplo, de nações muito populosas e de países com traços culturais muito divergentes em seu território. É o que o cientista político afirma:

⁴¹ DAHL, Robert. Op.cit., p.50.

⁴² Ibidem, p. 49.

Instituições políticas democráticas têm maior probabilidade de se desenvolver e resistirem num país culturalmente bastante homogêneo e menor probabilidade num país com subculturas muito diferenciadas e conflitantes⁴³.

Há de se levantar que, nesse sentido, a internet e os meios digitais entram com o importante papel de favorecer a participação democrática dos cidadãos. Embora sofra vários questionamentos quanto a real amplitude que o meio virtual tem em propiciar a participação democrática, é inegável seu potencial de contribuição às sociedades contemporâneas. Redes sociais, mídias sociais e inclusive portais governamentais têm exercido uma função muito importante nisso. Antes de citar os pontos nos quais existe a atuação da rede em prol do bem coletivo e da democracia, é necessário explicitar alguns de seus questionamentos e problemas que envolvem o debate e a participação na internet. Um deles é relativo ao fato da internet ainda não atingir a todos, isto é, nem todos tem acesso a ela, nem todos a usam em sua completude, como visto nos tópicos anteriores.

Outro ponto é que a Internet, em alguns aspectos, não dá margem a opiniões “medianas”. Por exemplo: se determinado assunto de relevância pública é colocado em discussão no portal do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, será mediante votação dos internautas em uma enquete, cujas opções de respostas serão “sim” ou “não”, sem espaço para um “sim, com ressalvas” ou um “não, com ressalvas”, que especifiquem mais profundamente as preocupações e pontos de vista dos indivíduos.

Já o terceiro aspecto problemático quanto ao uso da rede como instrumento de ampliação democrática é a complexidade (e a necessidade) em direcionar a voz *on line* do internauta à sua região de real interesse. Esse problema acontece, exemplificada e hipoteticamente falando, em uma situação na qual é disponibilizado em rede determinada enquete quanto à distribuição de água em

43 Ibidem, p. 166.

uma comunidade pobre. Como ela é disponibilizada na rede, qualquer um, inclusive aqueles que nada têm de ligação com a comunidade, poderão votar (ou talvez deliberar – em um modelo mais avançado) quanto à distribuição do recurso hídrico nessa região. Evidentemente, se isso acontece, há a possibilidade dos votos não representarem de fato o interesse daqueles que efetivamente necessitam da água na comunidade.

Ditos esses três principais pontos problemáticos, é importante frisar que tais empecilhos já existem, mas podem ser minorados e até extirpados da interação política do cidadão com seu representante através do uso da internet (e com o auxílio de políticas inclusivas). E, nesse mesmo sentido, entende-se que o modelo proposto por Dahl auxilia na construção de uma democracia que é tanto qualitativa quanto inclusiva porque enfrenta as dificuldades acima levantadas, procurando a crescente participação popular (que pode se dar através da rede) e incentiva a inclusão daqueles que ainda estão ausentes (como, por exemplo, os idosos no uso de instrumentos tecnológicos em prol da democracia).

Há boas experiências que podem ser citadas, mesmo no Brasil. São casos que demonstram esse intuito governamental de usar a internet e a rede a favor da aproximação entre a sociedade e seus representantes, tendo sido, inclusive, criados portais de debate para facilitar a comunicação (*e.g.*: o Ministério da Justiça criou um portal chamado *Participação.gov* para discutir o Marco Civil da Internet), enquetes (tanto no *site* do Senado Federal, quanto no da Câmara dos Deputados, *v.g.*, o questionamento quanto à validade ou não do conceito de *família*). Para se ter uma ideia do caráter benéfico dessas medidas, as discussões envolvendo o Marco Civil contaram com centenas de comentários e sugestões de cidadãos espalhados por todas as regiões do país. Fora isso, há que ser lembrado também que, no tocante às enquetes, algumas, mostrando o poder que a rede tem na contemporaneidade, chegaram a contabilizar com

mais de 500 mil votos⁴⁴, número este que jamais seria atingido em uma enquete popular sem o auxílio da rede sem um alto custo para o erário público.

Vale lembrar aqui um outro exemplo brasileiro que reforça o exposto. É o caso do site www.governoeletronico.gov.br, criado com o intuito de facilitar a aproximação e ampliar a interação do governo federal com os cidadãos. Se baseia no uso das novas tecnologias para a prestação de serviços públicos, mudando a maneira com que o governo interage com os cidadãos, empresas e outros governos⁴⁵.

Robert A. Dahl, no entanto, vê dificuldades na criação de uma democracia participativa com qualidade. Ele aduz que em uma grande comunidade seria inviável que a todos fosse possibilitado o direito a “voz” (entendido no presente texto como um direito a manifestação e divulgação de opinião). É nesse sentido que ele escreve:

Naturalmente, pressupor que todos os cidadãos queiram falar é absurdo, como sabe qualquer um que tenha um vago conhecimento a respeito das assembleias populares. O característico é que poucas pessoas falem na maior parte do tempo (...)⁴⁶

Contudo, evidentemente, quando escreveu a obra “Sobra a Democracia”, Dahl ainda não poderia prever a capacidade de interação que a internet pode promover – possibilitando assim, uma efetiva participação popular, inclusive em casos de tomada de decisões públicas (em situações mais aperfeiçoadas e específicas). Estas questões foram aventadas como parte do que Dahl denominou de a terceira etapa da transformação democrática, na qual a poliarquia já encontra novas condições práticas de sua realização⁴⁷. Todavia, a democracia depende muito mais da postura ética e inclusiva das políticas adotadas

44 Acesso em 18.06.2015 <<http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/enquetes.asp?ano=2009>>

45 Acesso em 18.06.2015 <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>>

46 DAHL, Robert. Op.cit., p. 122-123.

47 Ibidem, p. 497.

junto aos cidadãos do que dos meios que para ela se utilizam. Pode-se concluir que não bastará o aprimoramento dos meios tecnológicos para uma democracia digital poliárquica, mas, sim, de evitar-se os problemas neste trabalho apontados que poderão, se não corrigidos, fazer nossa sociedade e o Estado incorrerem em uma *não democracia*⁴⁸.

Por isso, é natural que diante do debate proposto pelo presente capítulo surja a questão do motivo pelo qual é necessário incluir virtualmente e ampliar a democracia nessa área. Dahl já dizia da incessante tarefa de aperfeiçoamento das instituições democráticas, tanto em países já considerados como democráticos, quanto naqueles ainda não classificados como tal. Segundo ele:

Se até mesmo os países ‘democráticos’ não são totalmente democráticos, o que poderemos dizer de países que não dispõem das grandes instituições políticas da democracia moderna? Como seria possível torná-los mais democráticos(...) ⁴⁹?

Por isso as experiências citadas acima (assim como outras que contêm o mesmo viés) auxiliam na resposta do questionamento “por que incluir digitalmente?”, afinal mostram, como prova empírica, que é possível – embora não se esteja tentando com o devido esforço necessário – o aperfeiçoamento das instituições democráticas de nações (já consideradas ou não como tal – inclusive o Brasil) e que a inserção da política no meio virtual traz consigo o aumento da participação da população, que antes se excluía do diálogo representante x representado por questões que envolviam a dificuldade de interação e desconhecimento do contexto político nacional. Com a internet, evidentemente com o auxílio de mídias e redes sociais, a sociedade tem acesso mais facilmente a informações antes restritas e tem a possibilidade de formar uma opinião crítica para debate-la e leva-la, inclusive, a órgãos oficiais mediante o uso da rede.

48 Ibidem, p. 505.

49 Ibidem, p. 42.

Ressalta-se a necessidade de se resguardar o caráter qualitativo e inclusivo no modelo proposto de democracia, sem o qual haverá estagnação da evolução democrática no país e a prevalência da já citada “dromocracia” no contexto nacional. Há de se prezar por meios de ampliar a quantidade de pessoas (independentemente de classe social, idade ou gênero) a se aproximarem da participação política e cidadã, juntamente com a produção de medidas que assegure e incentive a participação delas. Por fim, que a rede seja espaço contínuo da ampliação do processo democrático dos países, aumentando continuamente a voz do cidadão, verdadeiro detentor do poder político, trazendo-o de volta à participação política em seu país, para que a use em prol do bem coletivo, respeitando as diferenças e lutando por seus direitos. Portanto, partilhando do ensinamento por Robert. A. Dahl, é assim, unindo a participação, a representatividade e a inclusão, que se atingirá uma verdadeira democracia – qualitativa e inclusiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, para assegurar-se a inclusão e a ética nas relações humanas desenvolvidas na internet, há de se garantir acesso tecnológico efetivo, orientações adequadas à população e empenho estatal em promover a participação qualitativa dos cidadãos, ajudando, inclusive, àqueles que precisam deste suporte para superarem suas restrições e dificuldades de conexão digital e compreensão desta nova interação social independente da classe social dos usuários. Se o anseio é que os brasileiros participem de fóruns e outros instrumentos digitais – consulta pública sobre leis feitas na página de alguns legislativos, por exemplo – qualitativamente, ou seja, com capacidade crítica e munidos de informações adequadas, não basta diminuir o custo da banda larga e dos equipamentos, mas é urgente que haja um compromisso sério com a capacitação humana visando emancipar a forma de atuar dos indivíduos. É preciso transformar o uso da webesfera enquanto prática social em uma *práxis* inclusiva, ativa, com conhecimento de modo que o ator social possa organizar e direcionar suas demandas com maior clareza e ser efetivamente ouvido.

A “apatia” política na participação em modelos de democracia digital pode vir a ocorrer como ocorre, muitas vezes, nas escolas. É mister evitar que o brasileiro apenas “esteja *on line*” e resolva com um mero clique demandas que necessitam de maior compromisso social e político. O próprio cidadão ficará prejudicado se sua atuação nas ferramentas digitais for acrítica e em movimento de “massa”, não de povo. Isto tornaria a webesfera mais um lugar para debates inócuos ou excludentes. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em 02 de agosto de 2014.

_____. **Lei 12.965**, promulgada em 23 de abril de 2014 - Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm >. Acesso em 02 de agosto de 2014.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. **Redes sociais tem ganhado cada vez mais importância no cenário político brasileiro.** Disponível em <http://www.cnt.org.br/Paginas/Agencia_Noticia.aspx?noticia=protestos-ruas-manifestacoes-redes-sociaisfacebook-eleicoes-Dilma-Rousseff-17072013 >, 2013. Acesso em 25 de junho de 2015.

CORRÊA, Elizabeth Saad. Fragmentos da cena cibercultural: transdisciplinaridade e o “não conceito”. **REVISTA USP**, São Paulo, n.86, p. 6-15, junho/agosto 2010.

DAHL, Robert. A.. **A democracia e seus críticos.** Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão da tradução Anibal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

GOVERNO ELETRÔNICO. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da informação, Departamento de Governo Eletrônico. Base de dados disponível em <<http://www.governoeletronico.gov.br>>. Acesso em 24 de abril de 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

LÈVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa, São Paulo: 34, 1999.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas. **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 121, p. 227-258, Jun./2010.

MORAES, Dênis. A ética comunicacional na internet. **Biblioteca On-line de Ciências da Comunicação**, Universidade de Beira, Portugal, p. 1-13, julho de 2000. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/moraes-denis-etica-internet.pdf>>. Acesso em 26 de abril de 2015.

PROCOPIUCK, Mario; FREY, Klaus. Redes de políticas públicas e de governança e sua análise a partir da websphere analysis. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 63-83, Out. 2009.

ROVER, Aires José (Coord.). **Governo eletrônico e inclusão digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

RÜDIGER, Francisco. **As teorias da cibercultura**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2003.

_____. A parte de baixo da sociedade brasileira. **Revista Interesse Nacional**, v. 14, p. 33-41, 2011.

SOUZA, Luciana Cristina de. State power legitimacy in Brazilian democracy. xxvi World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Oral presentation. Article available in <<http://ssrn.com/abstract=2570878>>. Acesso em 12 de julho de 2016.

TRIVINHO, Eugênio. Introdução à dromocracia cibercultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização midiática avançada. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, nº 28, p. 63/72, dezembro, 2005.

_____. Cibercultura, sociossemiose e morte: sobrevivência em tempos de terror democrático. Fronteiras: estudos midiáticos – **Revista do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Unisinos/RS**, São Leopoldo, vol. 5, n. 2, p. 97-124, dez. 2003.

INADEQUAÇÕES DO DISCURSO LEGAL NO ATIVISMO ONLINE: EXPLORANDO RAZÃO E EMOÇÃO NA GOVERNANÇA DA INTERNET¹

Fabrcio B. Pasquot Polido²

Lucas Costa dos Anjos³

INTRODUÇÃO

Este capítulo procura analisar a relação entre Direito, razão e emoção, à luz de transformações recentes na temática do ativismo online, particularmente em relação a interações sociais em redes digitais. Com a consolidação da Internet e novas formas de expressão online, surgiram fenômenos sociais de importância mundial, como é o caso da Primavera Árabe e dos protestos *Occupy Wall Street*, em Nova Iorque. Ferramentas de Internet e plataformas de relacionamento têm possibilitado uma variedade de formas de mobilização social.

No direito contemporâneo, essas relações digitais diminuíram a distância entre usuários e a informação, permitindo que cidadãos possam exercer melhor seus direitos, organizar protestos, expressar opiniões políticas e identificar pessoas com interesses similares online. No entanto, esse fenômeno também diminuiu o estabelecimento de interações sociais no mundo físico, o que aumenta preocupações sobre a importância de aspectos como transparência, *compliance* e mecanismos de informação relacionados à origem de posts e perfis online.

1 Este texto decorre de pesquisas e debates desenvolvidos para apresentação no *XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, realizado em Julho de 2015, em Washington, D.C. (Estados Unidos).

2 Fabrcio Bertini Pasquot Polido é Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor do Corpo Permanente de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Doutor em Direito Internacional pela USP. E-mail: fpolido@ufmg.br.

3 Lucas Costa dos Anjos é graduado pela Faculdade de Direito da UFMG e mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com ênfase de pesquisa nas áreas de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual. E-mail: lucascostaanjos@gmail.com.

Em muitas jurisdições, mecanismos legais foram implementados para aumentar a responsabilização de usuários, tirar páginas e postagens do ar, remover conteúdo supostamente ofensivo, bem como condenar usuários. Entre várias tendências, o ativismo digital pode ser caracterizado como ilegal e até mesmo criminalizado em jurisdições consideradas mais “restritivas”. Esse posicionamento governamental pode acarretar prejuízos a liberdades civis e à liberdade de expressão, em especial. No contexto de uma comunidade online cada vez maior, é particularmente relevante que usuários de Internet tenham a possibilidade de se expressar livremente e de ter seus direitos civis assegurados também no ambiente digital.

De acordo com o *Relatório Freedom on the Net* de 2014⁴, houve declínio dos níveis de liberdade na Internet nos últimos quatro anos, seja por meio da criminalização de formas digitais de oposição, perseguição de atividades digitais, aumento da capacidade de vigilância governamental, controle de conteúdo e ataques contra jornalistas e cidadãos pelo mundo. Um ambiente digital tão inseguro para usuários, especialmente aqueles mais vulneráveis (LGBT, mulheres, partidos políticos de oposição, pequenos empreendimentos de Internet, entre outros), contraria a própria natureza da Internet.

Por um lado, esse tipo de mídia é cada vez mais usado no mundo, com diferentes propósitos: educacionais, políticos, econômicos, sociais, científicos e culturais. Por outro lado, também fornece ferramentas a atividades criminosas, golpes online, bullying e outros feitos ilícitos. Esses aspectos negativos,

4 De acordo com o relatório: “O Relatório *Freedom on the Net 2014* – o quinto estudo anual sobre liberdade na internet pelo mundo, abrangendo o desenvolvimento de 65 países, entre Maio de 2013 e Maio de 2014 – chegou à conclusão de que houve declínio nos níveis de liberdade na Internet pelo quarto ano consecutivo, com 36 de 65 países avaliados experimentando trajetórias negativas durante o período de cobertura.” Tradução livre do trecho: “*Freedom on the Net 2014* – the fifth annual comprehensive study of internet freedom around the globe, covering developments in 65 countries that occurred between May 2013 and May 2014 – finds internet freedom around the world in decline for the fourth consecutive year, with 36 out of 65 countries assessed in the report experiencing a negative trajectory during the coverage period”. FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net Report**, 2014. Disponível em <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2014#.VXwhqNNViko>, acesso em 5 de junho de 2015.

juntamente à crescente acessibilidade da Internet pelo mundo nas últimas décadas, ensejaram a mandados de retirada de sites do ar, censura, vigilância, coleta de informações pessoais e outros tipos de interferências governamentais nos direitos fundamentais de liberdade de opinião e de expressão.

De acordo com Frank La Rue, Relator Especial para a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão para as Nações Unidas em 2011:

O Relator Especial acredita que a Internet é um dos instrumentos mais importantes do século XXI para aumentar a transparência da conduta do poderoso acesso à informação e para facilitar a participação ativa de cidadãos na construção de sociedades democráticas. De fato, a recente onda de protestos em países do Oriente Médio e do Norte da África demonstra o papel fundamental que a Internet pode exercer na mobilização em favor dos direitos humanos. Como tal, facilitar o acesso à Internet para todos os indivíduos, com o mínimo possível de restrições ao conteúdo online, deveria ser uma prioridade de todos os países⁵.

Com base nessa afirmação, é preciso considerar atualmente a Internet como um espaço de possibilidades, um meio fundamental de empoderamento de

5 Tradução livre do trecho: “The Special Rapporteur believes that the Internet is one of the most powerful instruments of the 21st century for increasing transparency in the conduct of the powerful access to information, and for facilitating active citizen participation in building democratic societies. Indeed, the recent wave of demonstrations in countries across the Middle East and North African region has shown the key role that the Internet can play in mobilizing the population to call for justice, equality, accountability and better respect for human rights. As such, facilitating access to the Internet for all individuals, with as little restriction to online content as possible, should be a priority for all States”. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, Frank La Rue, 2011. Disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf, acesso em 5 de junho de 2015.

direitos fundamentais, como liberdade de expressão e de opinião⁶. Assim, várias questões surgem e serão discutidas ao longo deste trabalho. A primeira parte deste capítulo lida com a proteção de liberdades e dos direitos dos usuários, juntamente com algumas das propostas discutidas em nível global, como iniciativas recentes das Nações Unidas, o evento NETmundial e o Internet Governance Forum⁷.

Na segunda parte, discutiremos a urgente necessidade de que instituições e a comunidade da Internet unam esforços no sentido de assegurar que liberdades e direitos dos usuários sejam propriamente salvaguardados. Qual é a estrutura legal mais apropriada para a proteção dos interesses de usuários da Internet? Essa estrutura fomentaria desenvolvimento, liberdade de expressão e valores democráticos? Qual é o papel exercido pelo Direito no contexto das interações entre a Internet e a sociedade contemporânea, nos âmbitos regional, nacional e global?

6 De acordo com o artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos: “1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm, acesso em 7 de junho de 2015. Além disso, o artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos afirma que: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.” ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1946. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, acesso em 7 de junho de 2015.

7 NETmundial apresenta seu significado como “global multi-stakeholder meeting of the future of Internet governance”.

MECANISMOS DE GOVERNANÇA DA INTERNET, LIBERDADES E DIREITOS DOS USUÁRIOS

Depois dos escândalos sobre as ações de vigilância dos Estados Unidos contra líderes de diversos países, como Dilma Rousseff (Brasil) e Angela Merkel (Alemanha), que foram expostos pelo ex-empregado da *National Security Agency – NSA*, Edward Snowden⁸, essas duas nações e outros países lançaram nas Nações Unidas um projeto global de governança da Internet, privacidade e direitos dos usuários⁹.

Ainda que as acusações de Snowden envolvam a espionagem tanto de informações de entes governamentais quanto de membros da sociedade civil, eram as ameaças à privacidade de líderes políticos que estavam em jogo. Como

8 BBC. **Edward Snowden: leaks that exposed US spy programme**, US & Canada, 2014. Disponível em <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-23123964>, acesso em 13 de Junho de 2015.

9 “O Brasil se colocou na linha de frente da reforma internacional. Junto à Alemanha, o Brasil patrocinou uma resolução nas Nações Unidas que foi a primeira decisão sobre o direito à privacidade nos últimos 25 anos. É obviamente digno de nota o fato de que Dilma Rousseff e Angela Merkel são supostas vítimas de atividades de espionagem pelos Estados Unidos logo antes desses esforços. Ainda assim, motivados pelo descontentamento público que se seguiu às revelações de Snowden, Brasil e Alemanha ajudaram a criar um novo impulso para a discussão global sobre privacidade digital e fortes princípios democráticos e de direitos humanos. Partindo de uma resolução consensual embrionária no Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2012, que afirma que ‘os mesmos direitos que as pessoas têm off-line também devem ser protegidos online’, Brasil e Alemanha estenderam o consenso global explicitamente para o ‘Direito à Privacidade na Era Digital’ nas Nações Unidas”. Tradução livre do trecho: “Brazil then placed itself at the forefront of international reform. Together with Germany, Brazil sponsored a United Nations resolution that was the first major United Nations statement on the right to privacy in 25 years. It is obviously noteworthy that both Dilma Rousseff and Angela Merkel were reported to have been victims of US espionage activities a short time before this effort. Yet, motivated by public outrage following Snowden’s revelations that their leaders had been spied upon by the United States, Brazil and Germany helped create new momentum for the global discussion on digital privacy and led with strong democratic and human rights principles. Taking off from the foundational consensus resolution at the UN Human Rights Council in 2012 that ‘affirms that the same rights that people have offline must also be protected online’, Brazil and Germany extended the global consensus explicitly to ‘The Right to Privacy in the Digital Age’ at the United Nations General Assembly”. CANINEU, M.L.; DONAHOE, E. Brazil as the global guardian of Internet freedom?, In: **Human Rights Watch**, 2015. Disponível em <http://www.hrw.org/news/2015/02/13/brazil-global-guardian-internet-freedom>, acesso em 13 de Junho de 2015.

observa Richards¹⁰, o episódio envolvendo Snowden abriu o caminho para uma compreensão mais abrangente sobre os “métodos legais secretos” utilizados por companhias de telefone e pela própria NSA para acessar vastas quantidades de informações pessoais disponíveis online e off-line.

As acusações impulsionaram uma discussão global sobre governança da Internet, o que não se envolve apenas com pirataria, mas também com comércio internacional e assuntos econômicos sobre tecnologia, economia de compartilhamento, aspectos de segurança, confidencialidade das comunicações e direitos fundamentais. De acordo com Virgílio Almeida, secretário brasileiro para políticas de informação e tecnologia do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, o posicionamento internacional do Brasil é o de:

[...] Apoiar abordagens multi-setoriais em assuntos de governança da Internet e também de relações multilaterais entre Estados nesse processo, especialmente em assuntos como cyber crimes, cyber ataques e desafios econômicos transnacionais na rede¹¹.

No âmbito nacional, o Congresso brasileiro aprovou o Marco Civil da Internet em abril de 2014, buscando uma legislação abrangente o suficiente para abarcar temas como privacidade, liberdade de expressão online, neutralidade de rede, responsabilidade civil dos provedores, entre outros¹². Internacionalmente, sua posição segue o mesmo conjunto de princípios, mas com uma abordagem multi-setorial. Isso significa que não apenas atores estatais e organizações internacionais devem estar envolvidas na elaboração de regras de governança

10 RICHARDS, N. *Intellectual Privacy: Rethinking Civil Liberties in Digital Age*. New York: Oxford Press, 2014, p. 185.

11 Tradução livre do trecho: “[...] Support for multi-stakeholder approaches in matters of Internet governance and also the multilateral relations between states in this process, especially in subjects like cybercrime, cyber-attacks and transnational economic issues over the network”. CANINEU, M.L.; DONAHOE, E. Brazil as the global guardian of Internet freedom?, In: **Human Rights Watch**, 2015. Disponível em <http://www.hrw.org/news/2015/02/13/brazil-global-guardian-internet-freedom>, acesso em 13 de Junho de 2015.

12 BRASIL. **Lei nº 12.956, Marco Civil da Internet**, 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm, acesso em 12 de junho de 2015.

da Internet, mas também grupos não governamentais, membros do setor privado, academia, etc.

China, Índia e a Rússia (parceiros do Brasil no grupo BRICS), por sua vez, têm insistido em uma abordagem multilateral, que excluiria esses atores não governamentais da discussão e, muito provavelmente, favoreceria o posicionamento de nações não democráticas aumentando seu controle sobre a Internet.

Um novo encontro da iniciativa NETMundial, o Fórum de Governança da Internet, ocorreu novamente no Brasil em 2015. Em sua primeira edição, em 2014, delegados emitiram um comunicado com conceituações como:

Liberdade de expressão: Todos têm o direito de liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui a liberdade de manter opiniões sem nenhuma interferência e de procurar, receber e de compartilhar informações e ideias por meio de qualquer mídia, independentemente de fronteiras¹³.

Em relação à neutralidade de rede, o documento afirma que:

Neutralidade de rede: houve várias discussões produtivas e importantes sobre a temática de neutralidade de rede no NETmundial, com perspectivas divergentes em relação a incluir ou não esse termo específico como um princípio nos resultados do encontro. Os princípios incluem conceitos como Internet aberta e direitos individuais à liberdade de expressão e de informação. É importante que continuemos a discussão sobre uma Internet aberta, incluindo como garantir a liberdade de expressão, competição, liberdade de escolha do consumidor,

13 Tradução livre do trecho: “Freedom of expression: Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”. NETMUNDIAL. **NETmundial multi-stakeholder statement, 2014**. Disponível em <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>, acesso em 13 de Junho de 2015, p. 4.

transparência significativa e um gerenciamento apropriado de rede, bem como recomendamos que esse tema seja abordado em outros fóruns, como o próximo IGF¹⁴.

O documento também prevê um *roadmap* para as discussões sobre governança da Internet no futuro, sua abordagem multi-setorial e uma conexão necessária com os direitos de liberdade de associação e de assembleia. A caracterização da governança da Internet como necessariamente conexa a direitos humanos, transparência, participação democrática e cooperação de todas as partes tem ganhado cada vez mais impulso internacionalmente. Nesse contexto, desafios como cyber crimes, jurisdição, sistemas de *benchmark*, neutralidade e finanças ainda precisam ser desenvolvidos nos próximos anos.

DESENVOLVIMENTO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E VALORES DEMOCRÁTICOS ONLINE

A relação entre liberdade de expressão e governança da Internet é realmente complexa, no sentido de que, embora demonstrações públicas de opinião devam ser protegidas, existem casos em que medidas estatais e judiciais se provam necessárias. Informações privadas disponibilizadas online, ou comentários racistas e xenófobos são exemplos claros de controvérsias existentes sobre o conflito entre liberdade de expressão e medidas legais¹⁵. Discurso de ódio e incitação à violência também são variedades de expressão online que podem estar sujeitas a um escrutínio de legisladores e de tribunais. Uma das

¹⁴ Tradução livre do trecho: “Net neutrality: there were very productive and important discussions about the issue of net neutrality at NETmundial, with diverging views as to whether or not to include the specific term as a principle in the outcomes. The principles do include concepts of an Open Internet and individual rights to freedom of expression and information. It is important that we continue the discussion of the Open Internet including how to enable freedom of expression, competition, consumer choice, meaningful transparency and appropriate network management and recommend that this be addressed at forums such as the next IGF”. NETMUNDIAL. **NETmundial multi-stakeholder statement**, 2014. Disponível em <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>, acesso em 13 de Junho de 2015, p. 11.

¹⁵ STROSSEN, N. Protecting Privacy and Free Speech in Cyberspace. In: **The Georgetown Law Journal**, 2001, vol 89, p. 2114.

razões para isso é que muitos desses fatos podem ser associados a eventos maliciosos de ataque a usuários e cidadãos. Como consequência, contrariam valores morais, a dignidade humana e integridade mental dessas pessoas.

Essas situações, no entanto, devem ser distinguidas de ativismo online, que consiste em uma gama de pensamentos e ideias livremente expressados sobre assuntos políticos na Internet. Ao agir como um catalisador para que indivíduos exerçam seus direitos de liberdade de opinião e de expressão hoje em dia, a Internet também facilita o exercício de uma série de outros direitos humanos. Em relação ao exercício desses direitos humanos, Zittrain afirma que:

Um importante conjunto de tarefas que estão pendentes é assegurar que ideias importantes atinjam pessoas que queiram absorve-las. Não é suficiente que o *New York Times* publique notícias de primeira classe. Deve-se tomar ações efetivas para atingir aquelas pessoas cujos governos preferem que não sejam informadas. Mais de meio bilhão de pessoas têm suas atividades cotidianas da Internet automaticamente canalizadas para evitar o acesso a sites e conteúdos não aprovados¹⁶.

Acessibilidade é, portanto, um tema central no que diz respeito à superação de déficits democráticos, por possibilitar aos cidadãos que acessem mais

16 Tradução livre do trecho: “An important cluster of work to be done here is to ensure that important ideas can reach people who want to absorb them. It is not enough for the *New York Times* to publish world-class news. It must take active steps to reach those whose governments or peers prefer they not see it. Well over half a billion people have their Internet activities routinely and automatically channeled away from unapproved sites and topics”. ZITTRAIN, J. 2010. The Internet and press freedom. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2010, vol. 45, p. 572.

informações sobre seus direitos, suas formas de associação e de protesto¹⁷, assim como assuntos a respeito de candidatos políticos em suas disputas eleitorais. Em locais onde a Internet e outras mídias sofrem constantes atos de censura, é difícil acessar informações valiosas sobre candidatos e opiniões dissonantes. Assim, a corrida política acaba não sendo disputada de forma justa em alguns casos¹⁸. Emoções imparciais contra candidatos também são uma característica qualitativa de análises legais a respeito do ativismo online e as consequências jurídicas em potencial no caso de disputas adjudicadas em tribunais nacionais.

Não obstante alguns desenvolvimentos passados em relação à Internet, a tecnologia da informação ainda não é, por si só, capaz de superar déficits democráticos. Isso pode ser verdade em países como Cuba, China, ou Coreia do Norte, onde o discurso é altamente monitorado quando feito publicamente. Mas em outras nações, como Brasil e Estados Unidos, por exemplo, o acesso à Internet é apenas parte do problema. A Internet definitivamente possibilita

17 Outra forma de protesto que tem ganhado cada vez mais apoiadores pelo mundo é o chamado *hacktivism*, que consiste em: “[...] Um grupo internacional de hackers, trabalhadores dos direitos humanos, advogados e artistas que se desenvolveu a partir do CDC (Culto à Vaca Morta, em inglês). *Hacktivism* assume como ponto de partida ético princípios da Declaração Universal de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Eles também apoiam software livre e movimentos *open source*. Por meio do CDC, o *hacktivism* se expandiu e procurou atingir países islâmicos. [...] Há debates internos sobre o que é considerável aceitável em termos de comportamento ético no que diz respeito às atividades de *hacktivism*”. Tradução livre do trecho: “[...] An international group of hackers, human rights workers, lawyers and artists that have evolved out of the CDC [Cult of the Dead Cow]. *Hactivismo* assumes as an ethical point of departure the principles enshrined in the universal declaration on human rights and the international convention on civil and political rights. They also support the free software and open-source movements. Through CDC, *Hactivismo* has distributed *Hactivismo*, and the CDC has targeted Islamic states. [...] There is debate internally within these groups regarding what is considered to be acceptable ethical behavior with regard to hacking activities”. HEARN, K.; MAHNCKE, R.J.; WILLIAMS, P.A. *Culture Jamming: From Activism to Hactivism*. In: **Australian Information Warfare and Security Conference**, 2009. Disponível em <http://www.arifyildirim.com/ilt510/kay.hearn.pdf>, acesso em 6 de maio de 2015, p. 3.

18 Esse foi o caso envolvente o segundo colocado na última eleição presidencial brasileira. Ele processou o Google e o Bing para evitar que usuários vissem comentários e resultados negativos de busca quando seu nome era digitado em suas ferramentas de pesquisa. OLHAR DIGITAL. **Aécio perde processo que pedia remoção de links do Google e do Bing**, 2015. Disponível em <http://olhardigital.uol.com.br/noticia/aecio-perde-processo-que-pedia-remocao-de-links-do-google-e-do-bing/48809>, acesso em 14 de junho de 2015.

melhor acesso à informação, mas ainda tem que lidar com plataformas sem neutralidade, que restringem o acesso a informações específicas, de acordo com seus interesses¹⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arquitetura da governança da Internet ainda tem muito espaço no qual se desenvolver. A institucionalização de princípios, a expansão global dos direitos humanos relacionados ao mundo digital, bem como a codificação de procedimentos internacionais têm aumentado a reflexão e as discussões sobre essa temática.

Cada vez mais, participantes contemporâneos desse processo têm agido por meio de formas institucionais e não institucionais sobre os usuários da Internet. Seja devido a interesses estatais, seja devido aos escândalos que se seguiram às revelações de Edward Snowden, esse debate também aumentou a atenção para o problema da liberdade de expressão, privacidade, neutralidade de rede e governança da Internet no âmbito internacional.

Apesar de ainda existir a necessidade de um melhor entendimento sobre a relação entre vários interesses envolvidos nesse tema, é possível presumir que atores estatais agem ou por meio de censura e controle de conteúdo online (Poderes Judicial, Executivo e Legislativo), ou por meio da proteção da

¹⁹ “Regras determinando a regulação de provedores de conteúdo também são muito importantes para a liberdade de expressão (e inovação), devido ao fato de que o direito do usuário de acessar e distribuir certas informações online tem muito a ver com o desenvolvimento de novas ferramentas e serviços online. Além disso, a regulação sem transparência do tráfego de redes pode inclusive impedir iniciativas inovadoras.” Tradução livre do trecho: “Rules regarding discrimination against specific content providers or users are also very important for freedom of expression (and innovation), due to the fact that the users’ right to access and to better distribute information online has much to do with the development of new tools and services online. In addition, non-transparent traffic management of networks, by means of content and services’ discrimination or impeding connectivity of devices, can even hamper such innovation”. MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE NETHERLANDS. **Protecting and supporting cyber activists**, 2014. Disponível em <https://www.freedomonlinecoalition.com/wp-content/uploads/2014/04/Background-Paper-NL-Protecting-and-Supporting-Cyber-Activities.pdf>, acesso em 20 de maio de 2015.

liberdade de expressão na Internet. Ainda assim, a expansão dos direitos humanos indica, desde logo, a possibilidade de se desenhar uma estrutura mais livre para usuários online, em direção à existência de uma cultura global digital. Essa cultura está diretamente associada a uma concepção comum sobre neutralidade de rede, liberdades civis e a institucionalização desses princípios internacionalmente.

Tendo em vista que o ativismo online aumenta as formas de acesso a informações, convergindo e expondo posicionamentos políticos, assim como desenvolvendo a performance subjetiva do conceito de cidadania no mundo digital, esses são conflitos e contradições que merecem ser respondidos pelos futuros partícipes da Internet. Nesse contexto, entre cyber otimistas e cyber pessimistas, qual é seu posicionamento? ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>, acesso em 7 de junho de 2015.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1946. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>, acesso em 7 de junho de 2015.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. 2011. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, Frank La Rue, 2015. Disponível em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>, acesso em 5 de junho de 2015.

ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS. The right to freedom of expression and the use of encryption and anonymity in digital communications. In: Submission to the United Nations Special Rapporteur on the right to freedom of opinion and expression by the association for progressive communication, 2015. Disponível em <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Communications/AssociationForProgressiveCommunication.pdf>>, acesso em 17 de Maio de 2015.

BBC. **Edward Snowden: leaks that exposed US spy programme**, US & Canada, 2014. Disponível em <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-23123964>>, acesso em 13 de Junho de 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.956, Marco Civil da Internet**, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>, acesso em 12 de junho de 2015.

CANINEU, M.L.; DONAHOE, E. Brazil as the global guardian of Internet freedom?, In: **Human Rights Watch**, 2015. Disponível em <<http://www.hrw.org/news/2015/02/13/brazil-global-guardian-Internet-freedom>>, acesso em 13 de Junho de 2015.

CATE, F.H. Government data mining: the need for a legal framework. In: **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol 43, 2008, p. 435–489.

EICHENSER, K. The cyber-law of nations. In: **The Georgetown Law Journal**, vol. 103, 2015, p. 317–380.

FREEDOM HOUSE. **Freedom on the Net Report**, 2014. Disponível em <<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2014#.VXwqNNViko>>, acesso em 5 de junho de 2015.

HEARN, K.; MAHNCKE, R.J.; WILLIAMS, P.A. Culture Jamming: From Activism to Hactivism. In: **Australian Information Warfare and Security Conference**, 2009. Disponível em <<http://www.arifyildirim.com/ilt510/kay.hearn.pdf>>, acesso em 6 de maio de 2015.

HUMANIST INSTITUTE FOR DEVELOPMENT COOPERATION. **Space for expression: an ICT framework to inspire citizen action**. Disponível em <https://hivos.org/sites/default/files/hivos_ict_activities_to_support_Internet_freedom.pdf>, acesso em 15 de Maio de 2015.

MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE NETHERLANDS. **Protecting and supporting cyber activists**, 2014. Disponível em <<https://www.freedomonlinecoalition.com/wp-content/uploads/2014/04/Background-Paper-NL-Protecting-and-Supporting-Cyber-Activities.pdf>>, acesso em 20 de maio de 2015.

MUIŽNIEKS, N. Freedom of expression and democracy in the digital age: opportunities, rights, responsibilities. In: **Council of Europe, Conference of Ministers responsible for Media and Information Society**, 2013. Disponível em <<http://www.statematch.org/news/2013/nov/coe-speech-freedom-of-expression.pdf>>, acesso em 25 de Maio de 2015.

NETMUNDIAL. **NETmundial multi-stakeholder statement**, 2014. Disponível em <<http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>>, acesso em 13 de Junho de 2015.

NUNZIATO, D. **Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age**. Stanford Law Books, 2009.

NYBERG, A.O. Is all speech local? Balancing conflicting free speech principles on the Internet. In: **The Georgetown Law Journal**, vol. 100, 2004, p. 663–688.

OLHAR DIGITAL. **Aécio perde processo que pedia remoção de links do Google e do Bing**, 2015. Disponível em <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/aecio-perde-processo-que-pedia-remocao-de-links-do-google-e-do-bing/48809>>, acesso em 14 de junho de 2015.

PUDEPHATT, A. Mapping digital media: freedom of expression. In: **Rights in the digital age**, 2011. Disponível em <<http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/mapping-digital-media-freedom-expression-rights-20110728.pdf>>, acesso em 15 de maio de 2015.

RICHARDS, N. **Intellectual Privacy: Rethinking Civil Liberties in Digital Age**. New York: Oxford Press, 2014.

ROBINSON, D.F. Bad footage: surveillance laws, police misconduct, and the Internet. In: **The Georgetown Law Journal**, vol. 100, 2012, p. 1399–1435.

SLOBOGIN, C. Panvasive surveillance, political process theory, and the nondelegation doctrine. In: **The Georgetown Law Journal**, vol. 102, 2009, p. 1721–1776.

STROSSEN, N. Protecting Privacy and Free Speech in Cyberspace. In: **The Georgetown Law Journal**, 2001, vol 89, p. 2103–2115.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. **Freedom of expression, access to information and empowerment of people**, 2009. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001803/180312e.pdf>>, acesso em 15 de maio de 2015.

YOO, C.S. Network neutrality and the economics of congestion. In: **The Georgetown Law Journal**, vol. 94, 2006, p. 1847-1908.

ZITTRAIN, J. 2010. The Internet and press freedom. In: **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2010, vol. 45, p. 563-576.

OS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A VELHA INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NA DEMOCRACIA¹

Mariana Ferreira Bicalho²

Luciana Cristina de Souza³

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais imensos são os desafios para assegurar a qualidade da interação humana, principalmente em meio digital, a qual tem ganhado relevo como forma de participação política dos cidadãos⁴. E a internet é, hoje, uma tecnologia que se insere de forma onipresente na sociedade, sendo quase que despercebida. Como realçado por Mark Weiser, “pai” do conceito de computação ubíqua ou pervasive, que descreveu como a informática se tornou cada vez mais onipresente no cotidiano dos indivíduos nos últimos anos: “The most profound technologies are those that disappear. They weave themselves into the fabric of everyday life until they are indistinguishable⁵”. Em toda história da humanidade, nunca houve a presença de tanta informação, fornecida cotidianamente, nos hábitos sociais da população, de tal modo, que muitas vezes as pessoas nem mesmo se dão conta de sua

1 Trabalho apresentado no Seminário Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, Privacidade e Democracia, realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), nos dias 28 e 29 de maio de 2015, em Belo Horizonte, MG.

2 Graduada do Curso de Direito da Faculdade Milton Campos. Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG).

3 Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade Digital da Faculdade Milton Campos. Doutora em Direito. Mestre em Sociologia. Pesquisado do CNPq. Advogada.

4 Exemplos de pesquisas que apontam para este cenário: BORGES <http://www.cnt.org.br/Paginas/Agencia_Noticia.aspx?noticia=protestos-ruas-manifestacoes-redes-sociais-facebook-eleicoes-Dilma-Rousseff-17072013>. Acesso em 25 de junho de 2015; FARIA, Cristiano Ferri Soares de. O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o legislativo na elaboração das leis? Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Coleção *Temas de interesse do Legislativo*.

5 WEISER, Mark. The Computer for the 21st Century. *Scientific American Ubicomp*, n. 265, v. 3, p. 66, 1991. Disponível em <html>. Acesso no dia 09/05/2015.

dependência em relação a estes meios de comunicação, interação e aquisição de conhecimento. Da mesma forma:

Hoje as indústrias da informação estão todas incorporadas em nossa existência de uma maneira sem precedentes na história da economia, envolvendo todas as dimensões de nossa vida nacional e pessoal – econômica, sim, mas também expressiva, cultural, social e política. Elas não estão apenas integradas de forma efetiva em qualquer transação; também decidem quais entre nós seremos ouvidos ou vistos, e quando, seja ele um inventor inspirado, um artista ou um candidato⁶.

Porém, esta redemocratização anunciada com a disseminação da rede foi bloqueada pelo o que Eli Pariser chamou de personificação da rede. Os principais sites no mercado, sobretudo Google e Facebook, não fomentam o debate. Ao contrário, são o *“reflexo perfeito de nossos interesses e desejos”*. Essas empresas nos mostram apenas o que consideram como importantes em nossa própria perspectiva, a partir de informações fornecidas por nós mesmos por meio da coleta de dados de navegação para delinear um perfil de preferências, o qual é repassado a outras empresas com finalidade de marketing direcionado, o que levanta sérias discussões sobre o direito à privacidade. Neste sentido, a internet que deveria ser livre e com ampla disseminação de ideias, torna-se um meio manipulado de controle do grupo formado pelas empresas que administram as principais ferramentas de busca de assuntos na internet e seus parceiros comerciais, os quais juntos definem o que vemos ou deixamos de ver ao acessar a rede:

6 WU, Tim. **Impérios da comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 364.

7 PARISER, Eli. **O filtro invisível** - O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 17.

(...) toda tecnologia tem uma interface, disse-me Ryan Calo, professor de direito em Stanford, um ponto em que nós terminamos e a tecnologia começa. E quando a tecnologia passa a nos mostrar o mundo, acaba por nos colocar entre nós e a realidade⁸.

Assim, o controle bloqueia a essencialidade da rede, a descentralização de informações e a manifestação neste espaço de movimentos sociais não vinculados aos sistemas de preferência de navegação, o que dificulta com que os grupos se interliguem e troquem informações. Diferentemente do otimismo de Pierre Lèvy sobre o desenvolvimento da opinião pública na internet (a sua dinâmica conflitual é que faz dela uma opinião pública viva⁹), Pariser considera os problemas da formação da opinião devido ao controle destas empresas sobre as informações acessíveis, como citado, e considera a opinião pública formada neste contexto, em razão disso, maleável demais. Segundo o autor, “(...) os cidadãos onicompetentes que tal sistema requer não existem em lugar nenhum¹⁰”.

Essa divergência entre a busca por maior democratização e a influência dos proprietários dos meios de comunicação existiu em toda história e independente da tecnologia. Contudo, nunca houve um mecanismo com potencial tão amplo quanto a internet, porque ela oferece uma dinâmica de interação bem diferente dos meios de comunicação tradicionais, capaz de vencer fronteiras temporais e geográficas.

Trocas de saberes e de experiências, redes de ajuda mútua, maior participação da população nas decisões políticas, abertura planetária para diversas formas de especialidades e de parceria, etc. (...) uma nova orientação das políticas de planejamento do território nas grandes metrópoles poderia apoiar-se nas potencialidades do ciberespaço a fim

8 Idem, p. 18.

9 LÈVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 136.

10 PARISER, Eli. **O filtro invisível** - O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 55.

de encorajar as dinâmicas de reconstituição do laço social, desburocratizar as administrações, otimizar em tempo real os recursos e equipamentos da cidades, experimentar novas práticas democráticas¹¹.

Todavia, sem considerarmos o controle econômico sobre a “democracia” e “liberdade” experimentadas na internet atualmente, não será possível considerá-la um local de manifestações pessoais e, principalmente políticas, capaz de assegurar uma democracia verdadeira:

(...) o lema de nossa sociedade – um só mundo conectado – é tão irreal quanto o lema francês revolucionário de 1789 – liberdade, igualdade e fraternidade. O caráter instrumental das novas mídias e sua utilização ideológica ficam esquecidos ante as maravilhas desse mundo novo (...) Essa desigualdade digital impede a poliarquia, modelo democrático que oferece efetivas oportunidades de participação política para os cidadãos¹².

Portanto, é fundamental repensar como as relações sociais se desenvolvem no espaço digital (ciberespaço) visando garantir que existam garantias para que todos os usuários conectados possam exercer com efetiva liberdade de participação sua interação na rede. A internet é um meio de comunicação com vantagens inegáveis, mas precisa de regulamentação para proteger os mais fracos contra as investidas de grupos mais poderosos tecnológica e economicamente. A existência de uma esfera pública efetiva na qual a opinião dos usuários-cidadãos possa ser respeitada é ponto chave para as políticas públicas que visem interferir na internet para normatizá-la: “Não será considerada esfera pública, inclusive, a realidade que não tenha sido construída em

11 LÈVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 190.

12 SOUZA, Luciana Cristina de. **Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil**. Tese. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 180 – 181.

conjunto pelos indivíduos, mas a eles simplesmente imposta¹³”. E pode-se dizer que “a perspectiva habermasiana também se alia à arendtiana no tocante à participação dos cidadãos” pois propõe uma concepção de esfera pública democrática e dependente do “desenvolvimento de uma cidadania ativa... cujos requisitos mínimos de seu exercício sejam assegurados juridicamente pelo ordenamento estatal vigente¹⁴”.

AS MUDANÇAS MIDIÁTICAS E A NOVA OPINIÃO PÚBLICA

Assim, o controle privado sobre as ferramentas de busca, os dados de preferências de navegação e outras práticas semelhantes representam afrontas à formação de um espaço público livre na internet e é um empecilho às experiências plurais e democráticas na internet, pois como afirma André Lemos, não existe democracia sem o exercício da palavra pública¹⁵ e esta não pode estar condicionada à uma orientação mercadológica promovida pelas empresas que fornecem os serviços de acesso digital. Cumpre ao Estado regulamentar a interação em meio digital para que este novo *locus* de desenvolvimento da esfera pública não fique contaminado por interesses particulares que prejudiquem a ação dos indivíduos no sentido comunicativo.

Como assevera Jürgen Habermas: “A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões¹⁶”. Logo, para que este conceito ético-interacional seja estendido às mídias digitais e às redes sociais que se formam na internet visando um espaço de deliberação efetivamente democrático é essencial que: a) os conteúdos não sejam controlados e direcionados por um pequeno grupo; b) que exista

13 SOUZA, Luciana Cristina de. **Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil**. Tese. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 186.

14 Idem, p. 186.

15 LEMOS, André; LÈVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma Ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010, p. 70.

16 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 93.

verdadeiramente condições de poder para que os grupos sociais, mesmo os minoritários, possam se manifestar e defender suas posições no diálogo pelas vias digitais; c) o acesso às informações, que devem ser de qualidade e não manipuladas, precisa atingir a todos.

As mídias estão diretamente vinculadas aos processos de comunicação que possibilitam a conexão entre os cidadãos. Com o passar dos anos e com a disseminação da internet, a opinião pública tomou novos rumos ao usar este meio de comunicação, com maiores possibilidades de conversação coletiva – simultânea ou não – e melhor distribuição de opiniões – há espaço para blogs, microblogs, expressividades locais, etc. –, isso quando não há direcionamento forçado das conexões. Desta forma, as novas mídias digitais, não são apenas meios de informação, mas verdadeiro espaço de diálogo e, por isso, deve-se preservar a sua neutralidade. Se este espaço aberto ao diálogo for controlado pelo próprio indivíduo (desde que garantida sua autonomia por lei), sem a imposição de posturas preferenciais por um intermediador, característico da velha mídia (a televisão, por exemplo, tem o editor para selecionar o que vai ser transmitido), há mais possibilidades de se preservar qualidade da interação digital. Desta forma, o público poderá com maior frequência reivindicar, desmentir e pronunciar-se sobre o que está sendo publicado e disseminado. Havendo ofensa a direitos de outrem, aplique-se a legislação vigente, como a Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Mas é preciso atentar para o fato de que:

A ideologia oculta a desigualdade existente entre cidadãos e subcidadãos por trás do discurso do *mundo conectado* – livre, para todos e informativo. A *informação*, aliás, é a grande ilusão, pois pautamos nossas decisões no conhecimento fornecido pelas mídias existentes,

cujo função hodierna é *mostrar o que acontece*. Vivemos esta crença: “Aquilo que sabemos sobre nossa realidade, ou sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”¹⁷.

E a internet, enquanto meio de comunicação, também está sujeita às interferências ideológicas. Por isso é tão relevante que se proteja a esfera pública digital para que exista na rede, também, um espaço democrático. No caso da participação política, a interferência pelo indivíduo comum por meio de suas ações como os *flashmobs* funciona como um mecanismo concreto e organizado de participar de situações e opiniões políticas que eram reservados, antes, apenas àqueles que fazem parte do sistema político tradicional, logo, do aparato ideológico dominante, e que são representados pelos grupos econômicos que controlam a televisão e o rádio no Brasil¹⁸.

Todavia, a Era Digital provocou mudanças significativas que devem ser consideradas. André Lemos e Pierre Lèvy propõem três grandes mutações nas mídias contemporâneas:

A perspectiva global das mídias e sua dependência crescente em relação às comunidades e redes sociais de alcance global. A convergência entre os suportes midiáticos e de forma mais geral entre todas as instituições que tem vocação para difundir mensagens e reconfigurar a cultura contemporânea. A responsabilização crescente da função midiática pelo conjunto de atores sociais: a emergência das mídias de função pós-massiva pelo princípio da conexão generalizada, aliando potência informativa e mobilidade¹⁹.

17 SOUZA, Luciana Cristina de. **Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil**. Tese. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 181.

18 Ver o mapa da comunicação social no Brasil divulgado pela organização Donos da Mídia: <http://donosdamidia.com.br/inicial>

19 LEMOS, André; LÈVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma Ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 73.

Reforça-se, então, a necessidade de regulamentação para a interação em rede digital, pois a esfera pública, por sua própria natureza, tende a ser afetada pela pressão de poderes sociais e econômicos, urgindo de proteção institucionalizada para assegurar a igualdade entre os sujeitos participantes²⁰. Para que a experiência virtual seja um momento de troca aberta e não manipulada de informações é vital que se garanta a neutralidade da rede. E isto se aplica tanto às interações no Brasil quanto internacionais, já que a internet é um espaço desterritorializado²¹.

Os autores também acreditam que esta é outra significativa potencialidade da nova mídia: a possibilidade de sua captação em qualquer parte do planeta. Assim, existe um aumento crescente dos pontos de vista em um debate interno, por meio do intercâmbio entre pessoas de diversos países e suas experiências políticas. Mas, este compartilhamento de ideias, por mais diversificado que sejam os debates, instaura-se, no final, em sentido à perspectiva local. Portanto, “o contexto local é também ressignificado. É aqui que a evolução da liberdade na Cibercultura pode engendrar uma dimensão política local com transparência e perspectivas locais²²”.

Outro aspecto positivo é o que os autores chamam de “jornalismo cidadão” – para eles mais significativo hoje do que o jornalismo formal devido ao seu impacto social oriundo da proatividade dos divulgadores, que são pessoas comuns partilhando suas experiências – é que surgem novas formas de *agências de imprensa multimídia emergindo da sociedade civil* e:

20 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 33.

21 LÈVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 159.

22 LEMOS, André; LÈVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma Ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 75.

(...) eles representam formas pioneiras de vida pública planetária não institucionalizada, escapando dos representantes dos Estados (...) o cidadão nessa nova esfera pública não está mais obrigado a restringir o seu ponto de vista e acesso à informação ao que se inscreve ou é dito na esfera pública midiática de massa²³.

Ademais, a rede possibilita uma fonte inesgotável de informações para o fomento do debate público, cabendo ao cidadão escolher entre as possibilidades de oferta e, para isso, a regulamentação da neutralidade no Marco Civil da Internet deve garantir que os *sites*, *blogs* e aplicativos tenham as mesmas possibilidades de difusão, o que até hoje não ocorreu com o rádio e a televisão, ou mesmo com a mídia impressa. A neutralidade também proporcionaria maior criatividade entre os usuários que passam a ser também provedores de conteúdo, como dito acima, logo, sendo sujeitos ativos da produção e divulgação de informações pela internet. Uma regulamentação da neutralidade é útil à medida em que garanta a autonomia de todos os indivíduos para interagirem, seguindo em direção oposta aos efeitos dos filtros demonstrado por Eli Pariser:

A personificação afeta a criatividade e a inovação de três maneiras. Em primeiro lugar, a bolha dos filtros limita artificialmente o tamanho do nosso “horizonte de soluções” – o espaço mental no qual buscamos soluções para os problemas. Em segundo, o ambiente de informações dentro da bolha dos filtros carece de alguns dos elementos fundamentais que incitam à criatividade. A criatividade depende do contexto: nossa propensão a ter novas ideias é maior em alguns ambientes do que em outros; os contextos criados pelos filtros não são os mais adequados ao pensamento criativo. Por último, a bolha dos filtros promove uma maior passividade na aquisição de informações, o que vai de

23 Idem, p. 276.

encontro ao tipo de exploração que leva à descoberta. Quando temos uma grande quantidade de conteúdo relevante ao alcance da mão, há poucas razões para explorarmos lugares mais distantes²⁴.

André Lemos e Pierre Lèvy apresentam uma visão mais otimista do fato de apresentarmos em primeiro lugar aquilo que se assemelha às nossas escolhas anteriores, pois é uma característica da ciberdemocracia planetária os receptores dizerem o que querem produzir. Um só editor não é capaz de dizer o que uma população precisa ou quer ver; instaura-se, então, uma mediação coletiva. Assim, os assuntos surgem pela iniciativa daquele que está navegando, sendo que “cada um de nós torna-se o diretor original de um espetáculo do mundo cujos atores, sempre disponíveis, podem reencenar à vontade e que podemos compara ao nosso bel-prazer²⁵”.

Aqui ter cuidado, retornando ao conceito supracitado de poliarquia de Robert A. Dahl, para que as maiorias não subjuguem o direito de manifestação e expressão dos grupos minoritários, por exemplo, comunidades indígenas e quilombolas, para as quais o acesso à internet de banda larga e a equipamentos e aplicativos mais atualizados nem sempre é fácil. Não é apenas a interferência das grandes empresas responsáveis pela personificação da rede que retirará o potencial democrático da rede²⁶, mas isto também ocorre quando o indivíduo

24 PARISER, Eli. **O filtro invisível** - O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 86.

25 LEMOS, André; LÈVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma Ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 79.

26 É cada vez mais comum o uso de ferramentas de direcionamento para otimização de buscas por meio de algoritmos – Search Engine Optimization (SEO) – elaboradas para atender a necessidades de marketing de empresas que desejam estar bem colocadas no ranking de aplicativos usados para procura de sites, como o Google, já que está comprovado que as pessoas, em geral, não ultrapassam as duas primeiras páginas de resultados. Esta é denominada uma ferramenta orgânica porque não é feita pelo pagamentos de anúncios, mas por estratégias de direcionamento das pesquisas espontâneas e de classificação das páginas das instituições que usam o sistema. Ver: 75% dos usuários não passam da primeira página <<http://www.seomarketing.com.br/google-organico.php>>; Guia do Google de Introdução à Otimização para Motores de Busca (SEO), disponível on line na página da empresa.

não enxerga o uso desta como forma de exercício da cidadania de modo ético e inclusivo, ou seja, para si e para os outros.

Esta reflexão aponta para outro aspecto relevante proposto por Eli Pariser²⁷. Segundo este autor, a bolha dos filtros torna invisíveis questões sociais importantes, por serem complexas ou desagradáveis. A maioria em busca de um momento lúdico ou de informações superficiais *on line* pode rejeitar o uso livre deste espaço para debates mais profundos e manifestação por grupos em luta por seu reconhecimento social e político.

Diversas discussões promovidas pelos sujeitos sociais, atualmente, usam de recursos eletrônicos para serem mais rapidamente conhecidas e conseguem articular indivíduos de realidades bem distintas e distantes, como o faz a organização não governamental *Greenpeace*. Mas quando os mesmos meios são empregados pelo Estado, via de regra há um encobrimento dos pontos nevrálgicos, evitam-se os “temas quentes” que na maioria das vezes representam os reais problemas da população²⁸.

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 Morin²⁹. 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

27 PARISER, Eli. **O filtro invisível** - O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 135.

28 BOURDIEU, Pierre. Os doxósofos. In: THIOLENT, Michel. **Crítica metodológica, investigação social e enquete operária**. 4. ed. São Paulo: Polis, 1985. (Coleção Teoria e História, n. 6). Parte 2, Texto 2, p. 161.

29 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.

possível crítica sobre o modo como as relações sociais hoje se desenvolvem³⁰. O discurso lúdico massificante prejudicou a articulação horizontal dos segmentos sociais, por exemplo, à medida em que acirrou o individualismo³¹.

Se não houver garantias de que todos poderão usufruir do ciberespaço igualmente, em sentido substancial, pode haver o cerceamento destes grupos pelos usuários e empresas que controlam a rede para que não tenham as mesmas oportunidades de interagirem digitalmente. Proteger o igual acesso à internet é direito fundamental porque “temos hoje com os meios digitais de informação, acesso a uma memória expandida e antes não disponibilizada³²”, mas com o devido cuidado de impedir tentativas de controle da rede por alguns segmentos em detrimento do restante da sociedade.

A NEUTRALIDADE DE REDE PROPOSTA PELO MARCO CIVIL DA INTERNET

Por isso que, mesmo diante de tanto conteúdo e da maior comunicabilidade entre diversos cidadãos, questiona-se a qualidade do debate público produzido em uma esfera pública em constante reorganização e aberto a todos. Primeiramente, cabe ressaltar, que os cidadãos não estão vinculados aos chefes de grandes jornais e aos editores e, por isso, não necessitam simplificar ou mascarar qualquer ponto de vista. Ademais:

(...) o controle dos meios de informação por uma pequena minoria, mesmo se essa minoria considera-se como a elite do conhecimento e da cultura, não é uma garantia da qualidade das informações

30 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.

31 SOUZA, Luciana Cristina de. **Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil**. Tese. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012, p. 179-180.

32 LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma Ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010, p. 81.

selecionadas (...) a menos que se deixe levar por argumentos de autoridade, um livro não é “bom” porque ele é publicado, uma notícia não é “verdadeira” porque ela é anunciada na televisão, um saber não é “garantido” porque ele é ensinado numa universidade (falamos pela nossa experiência, caros colegas!). Sem descontentar os crédulos e os preguiçosos, a verdade não está dada (por quem?), mas ela é constantemente o embate de processos abertos e coletivos de pesquisa, de construção e de crítica. O pluralismo e a interconexão intrínsecos ao ciberespaço (devemos lembrar que a comunidade científica foi a criadora) favorecem justamente tais processos³³.

Trata-se de retirar a velha ideia de que homens comuns, fora do sistema, devem receber informações e opiniões preestabelecidas. É necessário reconhecer a possibilidade e potencial de todos os cidadãos capazes de fomentar o discurso. E compete a nós aceitar que o mundo virtual é um espelho do real, portanto, reflete tanto as conquistas de direitos quanto os vícios nas relações sociais. Sendo assim, continua sendo exigível uma postura ética nas relações humanas em meio digital para assegurar a participação democrática na internet e nas manifestações colaborativas que neste espaço acontecem:

A inteligência coletiva, nesse caso, consiste em que a humanidade tenha a coragem de olhar para o seu próprio espírito – tal qual ele é – nos espelhos da noosfera, em vez de censurar ou de se colocar em cólera ou de ter medo ou de condenar: todos os sentimentos que são maneiras de não aprender. Para a humanidade, compreendida como um todo, a inteligência consiste em descobrir a imagem tal qual ele é agora é um “momento” essencial da dialética da aprendizagem – isto é, do progresso – da inteligência coletiva³⁴.

³³ Idem, p. 95.

³⁴ LEMOS, André; LÈVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma Ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 97.

O uso da internet no Brasil, segundo o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) tem como princípio a preservação e garantia da neutralidade da rede. Portanto, 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, conforme o art. 9º. A quebra da isonomia e possível discriminação do tráfego, só será possível em decorrência de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações, bem como na priorização de serviços de emergência.

Como objetivo primordial, a neutralidade da rede surge como meio de preservar o espaço aberto da Internet, colaborando com a autonomia dos atores digitais. Por isso, a regulamentação e sua sistematização deve focar nas possibilidades de proporcionar uma plataforma aberta, distanciando o monopólio das grandes empresas. Desta forma, a neutralidade proposta, contribui para a diminuição do controle econômico do tráfego de informações pelas grandes empresas que dominam o mercado virtual.

Os provedores de acesso são proibidos de ter o controle direto de suas redes e, os grandes provedores de conteúdo, como Google e Facebook, perdem as negociações com os provedores de acesso, que garantiam a priorização do tráfego de busca e dados, diminuindo sua hegemonia e contribuindo para o desenvolvimento dos provedores de conteúdo menores, que terão a mesma condição de oferta. Portanto, os usuários são os que mais beneficiam com a neutralidade, pois passam a ter acesso a diversos conteúdos, diminuindo os efeitos dos filtros invisíveis utilizados pelos mais conhecidos e maiores provedores de conteúdo, como demonstrado por Eli Parieser³⁵ e aumentando a autonomia dos usuários que poderão também ser provedores.

35 PARISER, Eli. **O filtro invisível** - O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, *passim*.

A INTERNET COMO SERVIÇO PÚBLICO E AS NOVAS POSSIBILIDADES DEMOCRÁTICAS

As novas mídias já estão inseridas no nosso cotidiano, o que nos resta é promover e experimentar novas técnicas democráticas, que sejam orientados para um aprofundamento da democracia:

(...) O ciberespaço poderá se tornar um meio de exploração dos problemas, de discussão pluralista, de evidencia de processos complexos, de tomada de decisão coletiva e de avaliação dos resultados o mais próximo possível das comunidades envolvidas³⁶.

Primeiramente, para se discutir novas técnicas democráticas que se adequam aos tempos atuais³⁷, necessário aceitar que as formas de governo tradicionais são ultrapassadas em relação as rápidas transformações da sociedade e as mudanças econômicas e culturais que sofrem mutações diariamente. Pode-se dizer que nenhuma forma de governo foi estabelecida para suportar o enorme fluxo de informações e que não estão preparados para a mobilização e comunicação em massa. As decisões nos governos atuais são formuladas, questionadas e decididas por um número determinado de pessoas e as avaliações dos atos praticados restringe-se aqueles que produziram diretamente, ou seja, a participação política direta se restringe aqueles que estão incluídos no sistema convencional. Propostas inovadoras como a consulta popular feita na Islândia durante a reforma de sua Constituição em 2011 recorrendo-se às mídias e redes sociais digitais ainda são raras.

Desta forma, as tecnologias se restringem ao objetivo de “racionalizar e acelerar o funcionamento burocrático, raramente com o objetivo de experimentar formas de organizações ou de tratamento da informação inovadoras,

³⁶ LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. São Paulo: Editora, 2014, p. 62.

³⁷ Ver o Programa nacional de políticas públicas para promover a inclusão de todos os brasileiros no acesso digital de qualidade: <http://www.governoeletronico.gov.br/aco-es-e-projetos/inclusao-digital>

descentralizadas, mais flexíveis e interativas³⁸”. Práticas democráticas só poderão surgir se grande parte da população tiver acesso aos meios digitais, bem como o acesso a informação e canais de comunicação para em conjunto criarem possíveis soluções para os problemas regionais, do ponto de vista daqueles que vivenciam o que está sendo debatido. Assim, explorando as ferramentas de comunicação, interação e aprendizagem contemporâneas, busca-se meios de agrupar o maior número possível de forças mentais para solucionar e criar novas possibilidades para a sociedade³⁹.

Quanto às diferenças sociais, seria necessário um investimento no campo da informática. Primeiro, no desenvolvimento de espaços digitais com livre acesso para qualquer cidadão e, sobretudo, possibilidade de inclusão daqueles que não estão adaptados ao uso das novas tecnologias. Logo, para que se possa utilizar a rede como meio democrático, o acesso à informação por meio da internet e a possibilidade de uso, deve ser tratado como direito de qualquer cidadão como forma de exercer sua cidadania. De tal maneira que o Marco Civil da Internet em seu artigo 4º, tem como objetivo a promoção do direito de acesso à internet a todos; do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Ademais, a disciplina do uso da internet no Brasil, como estabelecido no artigo 2º, tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como o exercício da cidadania em meios digitais. Assim como, o artigo 7º garante o acesso à internet como essencial ao exercício da cidadania e, ao usuário, são assegurados entre outros direitos a acessibilidade, consideradas

38 LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. São Paulo: Editora, 2014, p. 63.

39 Exemplo disso é a *rede cívica* Iperbole (<http://www.comune.bologna.it/>), em Bolonha, na Itália, que atua dentro do conceito de *e-gov* (virtualização dos serviços burocráticos do Estado) e de *e-democracy* (democracia digital ou virtual, que consiste na ampliação das formas de participação popular com eficaz tomada de decisões por meio das novas tecnologias).

as características físicas-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais dos usuários.

Quanto aos entes estatais, constituem diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil, o estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica.

A lei 12.965 de 2014, também estabeleceu que as aplicações de internet de entes do poder público devem buscar compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso; acessibilidade a todos os interessados; facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico e fortalecimento da participação social nas políticas públicas.

Por fim, segundo os artigos 26, 27 e 28 do Marco Civil estabelece o cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para uso da internet como ferramenta para o exercício da cidadania.

Desta forma, as iniciativas públicas brasileiras devem fomentar à cultura digital e promover a internet como ferramenta social e devem, sobretudo, promover a inclusão digital, buscar reduzir as desigualdades, principalmente entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação. Diante das diretrizes e objetivos do Marco Civil da Internet e como possibilidade de retirar a influência das grandes empresas no meio virtual, o “ciberespaço cooperativo deve ser concebido como um verdadeiro serviço público⁴⁰”. A verdadeira democracia é sustentada pela maior participação do povo na existência e desenvolvimento do Estado. Por isso, não se configura a democracia a partir do simples voto em seus representantes.

40 LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. São Paulo: Editora, 2014, p. 66.

O voto clássico é apenas um meio. Por que não conceder outros, com base no uso de tecnologias contemporâneas que permitam uma participação dos cidadãos qualitativamente superior à que confere a contagem de cédulas depositadas nas urnas⁴¹?

Com os sites já existentes e tomados pelo objetivo de personificar o usuário para uma maior venda de produtos e propagandas, bem como programados para reduzir cada vez mais seus filtros, cabe ao usuário tomar iniciativas de driblar essas barreiras e também, aos cidadãos e governos de construir novos sítios eletrônicos próprios aos campos políticos. Esses novos espaços devem ser utilizados para permitir que cada usuário cidadão contribua para solução dos problemas comuns. Da mesma forma, necessário que seja possível nestes espaços o debate de novas questões, incentivando o maior número de posições possíveis.

Os espaços políticos digitais atuam em contrário com as redes sociais contemporâneas. Em vez de mostrar aqueles que são semelhantes e que pertencem ao mesmo grupo social, possibilitaria debater com aqueles que estão distantes do seu “filtro”. Desta forma, os usuários não se separariam de acordo com o seu partido, construindo as discussões e moldando as questões e argumentos que julgarem necessário, “criando diversidade, animando o pensamento coletivo, contribuindo para elaboração e a resolução dos problemas comuns⁴². Segundo André Lemos e Pierre Lèvy, os meios virtuais são a melhor forma de contribuir para a inteligência coletiva e as “àgoras virtuais são comunidades virtuais multipartidárias, centradas sobre questões políticas cujo principal objetivo é apoiar o diálogo, a deliberação, a decisão e a ação de todos os cidadãos que delas desejam participar⁴³”.

41 Idem.

42 LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. São Paulo: Editora, 2014, p. 67.

43 LEMOS, André; LÈVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma Ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 192.

Neste contexto de multiplicidade e variedade, aqueles que influenciariam os seus representantes seriam os mais participativos e comunicativos e não aqueles vinculados aos que detêm o poder. Para isso, além das discussões sobre as possíveis tomadas de decisão, ferramentas de avaliações são essenciais para responsabilizar aqueles que tomaram posições contrárias aos interesses da sociedade. Diante de todo o exposto, cabe esclarecer que a “extensão da democracia supõe um progresso da responsabilidade⁴⁴”. Educar e possibilitar a cidadania por todos cidadãos exige uma mudança crucial no pensamento e nas práticas diárias de cada indivíduo.

A inteligência coletiva⁴⁵ e a possibilidade de comunicação e solução de conflitos por meio da cooperação exigem que se abra mão de pontos de vista pré-estabelecidos e de partidos e opiniões formadas, para caminhar para o desenvolvimento de um discurso válido e uma opinião pública fundada na colaboração mútua. Além de mecanismos digitais próprios e atuação constante do cidadão, os Estados também devem se adaptar para poder contribuir com as novas formas democráticas aqui apresentadas. Primeiramente, deverá ser capaz de funcionar agregando à contribuição da sociedade. Para isso, as relações entre os cidadãos e seus representantes deve ser cada vez mais tênue e, sobretudo, fundado no respeito mútuo. Ademais, os Estados poderiam propor:

- Redes de ágoras e de parlamentos virtuais onde os problemas, as posições, os argumentos e os processos deliberativos poderão se estender sob os olhos de todos;
- Bases de dados hipertextuais de leis e da jurisprudência pedagogicamente estruturadas para serem acessíveis ao conjunto dos cidadãos e concebidas para aperfeiçoar a inteligência coletivo dos juízes;

44 LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. São Paulo: Editora, 2014, p. 73.

45 Idem, *passim*.

- Rede de simulações e de cenários interativos, alimentadas por captadores de dados reais permitindo visualizar os efeitos das decisões técnicas e dos atos econômicos sobre a saúde pública e os equilíbrios ecológicos, tanto em escala regional quanto planetária. Essas simulações poderá esclarecer as decisões de consumo consciente e de investimento responsável⁴⁶.

Alguns sítios do governo como *e-democracia* da Câmara dos Deputados e o *e-cidadania* do Senado Federal, já avançaram neste sentido. Porém, ainda falta uma proximidade entre os cidadãos e seus representantes, bem como melhores possibilidades de debate e maior disseminação da existência para a população em geral. Os fóruns e discussões criados, ainda não tomaram a devida importância e não integram a maior parte da população. O número de usuários que contribuem e que acessam é irrisório em comparação com o tamanho da população brasileira e os mecanismos utilizados ainda são precários diante de tantas possibilidades.

Por fim, os Estados também poderiam contribuir com tribunais, parlamentos e governos avaliados por sites virtuais, que de forma transparente, mostrariam toda sua atuação. A regulamentação monetária, impostos e as redistribuições financeiras seriam compartilhadas, tornando evidente todos os fluxos de dinheiro público⁴⁷, colocando a administração em diálogo e à serviço de qualquer cidadão.

CONCLUSÃO

Diante da interferência existente entre as grandes empresas e os sites mais acessados na atualidade, novos meios de comunicação com ênfase ao relacionamento do cidadão com o Estado devem ser criados. Esses novos espaços de comunicação, diálogo e cooperação entre os indivíduos e seus representantes,

⁴⁶ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma Ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 186.

⁴⁷ Idem, p. 187.

devem ser instituído e incentivado pela União e Estados, independente dos poderes públicos e, sobretudo, não devem estar vinculados a qualquer empresa ou patrocínio, sendo sua natureza sem fins lucrativos.

O novo espaço público formado, seria composto por consultas populares sem poderes de decisão; referendos de iniciativa dos cidadãos; acesso a links com informações e históricos que envolvem os temas discutidos; espaços de criação e de consulta de fácil acesso e participação; direcionamento dos discursos entre aqueles que divergem de opinião; redes de simulação; entre outros mecanismos. Para que esses novos sítios *on line* possam funcionar, necessário a inclusão digital e fomento dos Estados para a utilização da internet como meio de ampliar a participação e cidadania, como estabelecido no Marco Civil da Internet. Para isso, essencial a promoção de novas tecnologias que possibilitam reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País e as discrepâncias sociais, no acesso às tecnologias da informação, comunicação e no seu uso. Bem como o fornecimento de internet gratuita.

Por fim, com os instrumentos necessários à disposição, coloca-se como dever de todo usuário, utilizar a internet como meio de exercer sua cidadania. Em qualquer parte da história, os meios de comunicação não foram isentos de interferência, sendo desenhados pelos responsáveis ou influenciados por aqueles que detém o poder. Porém, mesmo que os grandes sites diminuam o acesso a diferentes opiniões e até mascarem certas notícias, o acesso a circulação de informações continua acessível, o que diferencia de outros tempos. Os conteúdos, mesmo que camuflados, permanecem à disposição. O que antes era inacessível e não dependia da vontade do usuário, hoje só necessita que seja procurado. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

LEMOS, André; LÈVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma Ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

LÈVY, Pierre. **A inteligência coletiva**. São Paulo: Editora, 2014.

_____. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

_____. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

PARISER, Eli. **O filtro invisível** - O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SOUZA, Luciana Cristina de. **Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil**. Tese. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito, 2012.

TAVARES, Braulio. Escravos do celular. **Carta Capital**, Carta Fundamental – A Revista do Professor, edição n. 64, dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.cartafundamental.com.br/single/show/356>>. Acesso em 09/05/2015.

WEISER, Mark. The Computer for the 21st Century. **Scientific American UbiComp**, n. 265, v. 3, p. 66-75, 1991. Disponível em <html>. Acesso no dia 09/05/2015.

WU, Tim. **Impérios da comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.



LIVRE CONCORRÊNCIA E APLICATIVOS DE INTERNET: ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE – OU DESNECESSIDADE – DE REGULAÇÃO NO MERCADO DE TRANSPORTE

Marcos Henrique Costa Leroy¹

INTRODUÇÃO

O trabalho propõe analisar a questão relativa à liberdade e a possibilidade da livre concorrência do aplicativo de internet da startup Uber como nova proposta de transporte de pessoas, sob a égide da Constituição e outras normas jurídicas brasileiras sobre o tema.

É pulsante a evolução da internet e outros mecanismos inovadores de tecnologia, afetando drasticamente diversos mercados e áreas de atuação de empresas devido a eficiência, segurança, privacidade e liberdade de escolha do consumidor. Diante de tal fato, diversas empresas já existentes no mercado podem perder espaço uma vez que os aplicativos de internet possibilitam novas formas de consumo de produtos ou serviços na medida em que inovam em quesitos de velocidade, sociabilidade, custo, serviço diferenciado, entre outros.

O Uber surgiu com o objetivo de ser uma alternativa de transporte privado de luxo. A ideia é fornecer aos seus usuários um tratamento personalizado pelo bom tratamento de clientes, facilidade de pagamento – feito por cartão de crédito cadastrado previamente, não necessitando de pagamento durante a corrida – e rapidez de localização por GPS de motoristas cadastrados pela empresa,

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador e bolsista do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFG. Pesquisador do Grupo de Estudos Internacionais de Propriedade Intelectual, Internet e Inovação (GNet) da FDUFG. E-mail: mhcleroy@hotmail.com

sendo a conta do cliente controlada através de seu aplicativo de internet para celulares e smartphones.

Contudo, o uso desse meio de transporte interferiu na zona de atuação do mercado de taxi, controlado e licenciado por cada município, que envolve grandes exigências e despesas para a obtenção regular e adequada da atividade profissional de taxista.

Diante de embasamentos normativos que geram dificuldade e custos para a atividade de taxista, os profissionais da área alegam que o Uber pratica concorrência desleal por ofertar um serviço análogo ao táxi, enquanto fere as regulações normativas. Tal comportamento é visto pelos taxistas como forma de burlar a burocracia e o aparato estatal de licitação para obter vantagens econômicas supostamente de forma ilícita e anticoncorrencial.

A concorrência é um tema pungente ao tratarmos do âmbito da internet. Isso porque a internet propõe ser um ambiente livre e democrático, com ampla concorrência, com o mínimo de controle governamental e com a autoregulação pelo próprio interesse do consumidor pelo produto ou serviço, abrindo as portas à criatividade e inovação de cada fornecedor e à demanda do consumidor. Assim, uma inovação baseada na rede pode influenciar, até mesmo indiretamente, um mercado real e regulado. Mas, por afetar esse mercado, existiria a necessidade de regulação do aplicativo de internet ou até mesmo a necessidade de proibição deste?

Além disso, ao influenciar em mercados reais, o aplicativo por não ter nenhuma regulação governamental da sua atividade estaria obtendo uma vantagem ilícita? Ou seria uma inovação que o mercado regulado não consegue oferecer, contribuindo inclusive para uma concorrência saudável e para a possibilidade de escolha e benefício do consumidor? Essa concepção pode levar ao argumento de que a inovação do Uber atraiu a utilização de usuários insatisfeitos com o taxi, que por melhores ofertas e diferentes condições, tornou o uso do taxi obsoleto, insuficiente e insatisfatório, levando a adesão ao Uber a talvez

se tornar um novo nicho de mercado. “Por isso, se reflete que: quando a regulação proíbe a concorrência de preços, a competição ao longo da dimensão de qualidade muitas vezes torna-se mais intensa. Este, por sua vez, incentiva as empresas a buscar nova regulação que proíbe a concorrência por qualidade²”.

Sob esse aspecto, é preciso avaliar se a natureza da startup Uber é de transporte público, e portanto passível de regulação, ou espécie de transporte ‘privado’. Ao considerarmos o Uber como um transporte público, a empresa estaria atingindo diretamente os taxistas ao promoverem uma concorrência direta e ampla por se valerem dos mesmos consumidores do serviço. Mas, observando sobre o viés privado, o Uber somente cria o meio de aproximação de usuários que baixam o aplicativo e que requerem motoristas privados e todas as condições previstas pelo fornecedor pelo meio da internet, não fazendo corridas livres e de qualquer consumidor nas ruas como a atividade profissional do taxista possibilita.

Nesse sentido, o trabalho pretende promover a reflexão entorno da controversa relação concorrencial de um produto da esfera da internet e seus desdobramentos no mundo real, discutindo a relação da liberdade de exercício democrático de fornecimento de serviço da rede diante de uma regulação governamental externa sobre área de transporte, analisando as normas jurídicas atuais e os efeitos econômicos vantajosos e prejudiciais sobre o consumidor diante de uma regulação ou até mesmo proibição do fornecimento do serviço de um aplicativo de internet.

2 Livre tradução do seguinte trecho: “When regulations prohibit price competition, competition along the quality dimension often becomes more intense. This, in turn, encourages firms to seek further regulations that prohibit quality competition”. KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew D.; THIERER, Adam D. **The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change**. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2535345>>

INTERNET E INOVAÇÃO

Desde a evolução do homem no planeta terra vemos diversas inovações como pontos centrais na mudança de pensamento, gerando novas possibilidades e instigando a criação de novos produtos e serviços. Da criação da roda até aos mais modernos smartphones, estamos inseridos em uma sociedade que muda cotidianamente, trazendo novas portas e caminhos a serem desvendados pela inovação.

A partir do constante desenvolvimento tecnológico, observa-se rápida e recente mudança quanto à comunicação e informação obtida e compartilhada, principalmente a partir da criação da internet no fim do século xx. Cada vez mais há uma imediatidade e conectividade entre as pessoas em diferentes países, de diferentes línguas, todas obtendo informações a todo o momento de conteúdos e formas diferentes. Por isso, há uma tendência contínua dos países em estimularem inovação para serem os detentores da informação e estarem inseridos no meio tecnológico.

Contudo, não há informação suficiente sobre inovação e seus riscos, uma vez que na maioria dos países não existe uma regulação adequada e clara sobre as inovações. Até porque, como dito anteriormente, elas estão em constante transformação, e necessitariam de mudanças legislativas contínuas e eficazes, tornando-se em grande parte inviável.

Mesmo assim, qualquer país tende a priorizar a pesquisa e o desenvolvimento para conseguir aumentar a produtividade e gerar crescimento na economia. A elevada taxa de inovação resulta no desenvolvimento com melhoria do bem-estar e fortalecimento econômico do país.

Todavia, até que ponto uma inovação pode ter total liberdade de atuação em prol do desenvolvimento econômico? E se ela ultrapassar os limites legais impostos e gerar riscos a sociedade?

UBER E A LIBERDADE DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO

Foi criada em 2009 uma startup chamada Uber que inicialmente oferecia um serviço de transporte privado de luxo somente para os cidadãos da cidade de São Francisco. A atividade da empresa cresceu, obteve diversos investidores e está se expandindo por todo o mundo, chegando ao Brasil no ano de 2014, com as seguintes cidades atualmente contempladas: Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte e Brasília.

Para obter o serviço, é preciso baixar um aplicativo para celular, cadastrar o nome e o cartão de crédito – no qual será cobrado automaticamente o valor de cada corrida – e assim requisitar um motorista para o seu serviço de transporte. Ao mesmo tempo, para ser motorista deve-se entrar em contato com a empresa e ser cadastrado no sistema, passando antes por uma avaliação que compõe: análise de antecedentes criminais, obtenção de seguros para os motoristas e inspeccionamento dos veículos a serem utilizados. O pedido é feito somente pelo aplicativo, nos moldes conhecidos como E-hailing – pedido de transporte por meio de aparelhos eletrônicos, também utilizado por táxis. Assim que pedir o serviço, o cliente já obtém as informações referentes ao motorista e placa de carro, por exemplo. A empresa Uber, desta forma, propõe democratizar o serviço de transporte, alegando tentar aproximar os consumidores interessados de motoristas independentes – prática conhecida como economia colaborativa ou de partilha (termo em inglês: “Sharing Economy³”).

Dentre os atrativos da startup, encontra-se o não pagamento em moeda, sendo todos os serviços remunerados automaticamente via cartão de crédito. Além disso, devido ao seu baixo valor envolvido na criação do aplicativo, ele promove custo final mais acessível ao consumidor, podendo até economizar dinheiro em comparação com taxis.

3 KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew D.; THIERER, Adam D. **The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change**. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2535345>>

Outrossim, atualmente a empresa garante seguro para todos os passageiros ao redor do mundo durante todo o trajeto de viagem, padrão de veículos que serão utilizados para garantir conforto aos passageiros e sistema de avaliação mútuo do motorista sobre o cliente e do cliente sobre o motorista. Caso o motorista tenha baixa avaliação, ele é desligado das operações da empresa.

A título de exemplo, o Uber em Belo Horizonte cobra uma tarifa base de R\$4,50, R\$2,17 por quilômetro rodado, R\$0,30 o minuto, com a existência de taxa mínima de R\$10,00 e taxa de cancelamento de R\$10,00. Em comparação com os taxis na mesma cidade, a tarifa base, conhecida também como bandeirada, tem o valor de R\$4,40, com o quilômetro rodado custando R\$2,73 na bandeira 1 e R\$3,28 na bandeira 2. Conclui-se assim que o valor final cobrado do consumidor irá depender do fator tempo e do quilômetro, podendo ser vantajoso economicamente utilizar um ou outro.

Contudo, um aspecto relevante do Uber é a impossibilidade de pegar esse serviço na rua. Isso ocorre, pois não há nenhuma sinalização deste tipo de serviço estampado no carro - como nas placas, pinturas e cores em um taxi. Além disso, o pedido no aplicativo é necessário para que seja possível utilizar a conta já registrada e conectá-la a um motorista para efetuar o pagamento ao final do trajeto.

Apesar de todas essas possibilidades trazidas pela inovação do aplicativo, alguns fatores surgem para reflexão da sua aplicabilidade e regularidade. Primeiramente, deveria o Uber ser considerado como um taxi e ser regulado pelas mesmas leis ou ser tratado por outras regras por ser um serviço baseado em um aplicativo de internet? A fiscalização dos motoristas feita pela empresa é suficientemente transparente e rigorosa?

Tais questões promovem uma ponderação sobre o problema da segurança pública - como a viabilidade de um cenário de fraude, a falta de confiança do consumidor ou a falta de técnica do motorista. No fim, busca-se a garantia da

segurança e bem-estar do consumidor que são primordiais para uma análise de um mercado de transporte.

Soma-se a essa questão, a suposta concorrência desleal alegada pelos taxistas contra a atividade exercida por eles, tendo o Uber infringido normas pré-estabelecidas de permissão de transporte público, a qual será destrinchada no tópico seguinte.

REGULAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO USO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO DE SERVIÇOS DE TÁXI

A regulação econômica, em diversos contextos, é necessária e socialmente desejável. A intervenção do Estado como ente regulador se justifica no sentido de corrigir falhas de mercado, minimizando externalidades negativas, provendo bens públicos, diluindo assimetrias de informação, evitando os prejuízos decorrentes de mercados não competitivos, dispondo de ações destinadas a manter e maximizar o bem-estar econômico⁴.

Portanto, a Teoria da Regulação deve ser tratada de modo muito cuidadoso no Brasil, principalmente nos mercados de transporte. Isso porque a regulação vem para melhorar o bem-estar da sociedade, criando segurança e impondo limite para atuação. Todo esse aparato tem um custo final ao consumidor, limitando a liberdade de iniciativa empresarial e mitigando a liberdade de concorrência.

Em certos meios de transportes, tais regulações são mais toleráveis pelo consumidor. Exemplo disso são as companhias aéreas que envolvem enorme preparação de questões de segurança em todo o país e mundo, justificando um controle próximo de agencias reguladoras.

⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulatória a regulação dos serviços de táxi. *Revista do IBRAC* 22 (2013), p. 4. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/21>

Seria, da mesma forma, importante ter um forte controle das operações de taxis? O que também traz a pergunta: por que os taxis são regulados inicialmente?

Os taxis, assim como as empresas aéreas, são regulados devido a sua importância e como forma de segurança e controle do número de motoristas desse transporte público. Como o seu objetivo final é prover bem-estar social, este promove um cadastro público das placas e motoristas. Por outro lado, tal bem-estar estaria valendo a pena para a sociedade?

Nos últimos anos, observam-se reclamações contínuas de falta de taxi, atendimento ruim, má conservação dos taxis, rotas não convencionais como forma de angariar mais dinheiro, pagamento somente em dinheiro e até mesmo falta de segurança, como por exemplo na alta velocidade empregada por motoristas para conseguir mais passageiros em menos tempo, dentre outros. Este é um quadro recorrente nas grandes cidades brasileiras, tornando a regulação ineficiente e meramente forma de garantia de monopólio concorrencial, forçando os usuários a esse tipo de situação, além do custo elevado.

Surge assim, a necessidade do sopesamento entre as supostas vantagens auferidas pela regulação em comparação com todos os benefícios possíveis em caso de abertura do mercado, refletindo o Princípio da Proporcionalidade. Este mecanismo permitiria analisar o real benefício da regulação para o consumidor, valorando a dita segurança promovida, os preços finais e problemas existentes.

Se houver uma análise econômica séria no mercado de taxis, será possível perceber a existência de nichos anticoncorrenciais e monopolistas danosos aos consumidores. Essa comparação de diversas questões influenciadoras da atuação regulatória mostraria que os taxis visivelmente padecem de diversos aprimoramentos a serem feitos para atender às demandas consumeristas, como por exemplo na forma de pagamento, conforto e até mesmo segurança.

RELAÇÃO CONCORRENCIAL DO UBER COM O TAXI – UBER COMO MODELO DE TRANSPORTE PÚBLICO OU PRIVADO?

A regulação da atividade dos taxistas está descrita na Lei nº 12.468/11 em que se diz: “É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros”. Ou seja, de acordo com essa norma, somente pode haver transporte público de poucos passageiros por meio de profissionais taxistas.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a competência municipal para questões de transporte, conforme art. 30 incisos I e V:

ART. 30 Compete aos Municípios:

I legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

V organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; (...).

Mais especificamente na cidade de Belo Horizonte, a PORTARIA BHTRANS DPR N.º 190/2008⁵ regula o serviço público de transporte por táxi no município de Belo Horizonte, apontando no art. 11 que: “*O veículo será conduzido pelo permissionário ou condutor auxiliar vinculado à respectiva permissão com qualquer vínculo de direito, desde que autorizados pela BHTRANS*”. Também são descritas regras de cadastramento, especificidades de veículo, vistoria, remuneração, fiscalização, direitos e obrigações e penalidades específicas para

5 Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=989112>>

o exercício de tal atividade. Isso significa que o serviço de taxi deva ser autorizado primeiramente pelo órgão permissionário, que no município de Belo Horizonte é a BHTRANS.

Contudo, a Lei nº 12.587/2012, que elenca as diretrizes das Políticas Nacionais de Mobilidade Urbana determina no art. 4º que: “*Para os fins desta Lei, considera-se: (...) X - transporte motorizado privado: meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares*”.

Assim, quando a questão da concorrência é questionada em juízo, a startup Uber alega prestar serviço de transporte privado análogo ao do art. 4º, inciso X, da Lei nº 12.587 (referido acima), e não de transporte público de passageiros. É justificada essa argumentação por meio de dois vieses:

O primeiro reside no modelo autônomo de trabalho da empresa, em que não há nenhum motorista contratado. O serviço é praticado por meio de cidadãos que almejam trabalhar com a empresa e passam pela avaliação dita anteriormente. Por isso, argui-se que o Uber é simplesmente uma empresa que aproxima os motoristas interessados dos consumidores privados.

O segundo argumento é que o serviço do Uber não é aberto ao público. Isso acontece já que é necessário que o consumidor que almeja esse serviço específico tenha um smartphone, baixe o aplicativo, cadastre-se na plataforma e requisite o transporte. Além disso, o caráter privado manifesta-se também pela impossibilidade do motorista ser abordado/requisitado em qualquer lugar da rua, como é comumente realizado para o uso de taxis.

Diante disso, aparenta-se haver certa proximidade de nichos de consumidores entre o Uber e os taxis, mas não podem estar sujeitos às mesmas regulações. O Uber promove serviço privado que poderia também ser feito de modo público pelos taxis, mas, não há infringência às normas de transporte, pois elas se referem somente ao transporte público de pessoas.

EMBASAMENTO DA PRÁTICA DO UBER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA POSSIBILIDADE PELO MARCO CIVIL

Dessa forma, devem-se procurar possíveis regras de aplicação atingíveis ao Uber, caracterizado como transporte privado praticado por meio de um aplicativo de internet. A Constituição Federativa do Brasil, como norma geral superior, prevê no artigo 170, parágrafo único que: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Após constatar a não aplicação no caso previsto na lei de taxi, impõe-se a livre atuação econômica.

Por outro lado, por envolver questões relativas a internet, o Uber também tem respaldo da Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet. Em seu art. 2º esta prevê que: “*A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: (...) V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede*”.

Consequentemente, a startup possui embasamento para a sua prática no ordenamento brasileiro e no Marco Civil, mas não possui regulação concreta da sua atividade.

MERCADO DE TRANSPORTES E SUAS REGULAÇÕES – DEVEM SER APLICADAS AO UBER?

Seguindo o raciocínio apresentado, o Uber se encaixa como um serviço de transporte privado inovador. Essa forma de tecnologia é ao mesmo tempo estimulada como inovação e rechaçada nas questões de proteção do bem-estar comum.

Por isso, uma inovação em constante desenvolvimento estará observando as formas vigentes de regulação e tentando ultrapassar seus limites,

devendo ser analisada a norma antes de aplicá-la ou adequá-la às novidades tecnológicas/inação.

Concretamente, os taxis possuem uma regulação excessiva e retrógada, sendo altamente burocrática. Com o surgimento da inováção, a regulação se tornou incerta tendo em vista as lacunas quanto ao caráter privado que atinge concorrencialmente a atividade dos taxistas.

Portanto, o Uber não deve estar sujeito às mesmas regulações de requisitos e leis que um taxista, mas ao mesmo tempo não pode ficar sem qualquer forma de regulação que atinja essa prática, levando em conta o aspecto da necessidade de existência da completude do ordenamento jurídico.

SITUAÇÃO DO UBER NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES

A discussão do caráter de concorrência desleal do Uber tem se tornado recorrente por meio de paralisações de taxistas, promovendo até mesmo ações em diversos tribunais ao redor do mundo.

França⁶

No fim do mês de junho de 2015, grandes manifestações foram realizadas por taxistas, fechando todos os acessos de entrada aos aeroportos de Paris. Eles reivindicam regulação para Uber e outras plataformas de motoristas privados

⁶ O GLOBO. Taxistas franceses fazem protesto contra serviços como o Uber. **O Globo**. 10 de Fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/taxistas-franceses-fazem-protesto-contraservicos-como-uber-11562415>>. Acesso em 17/07/16 ; G1. Greve de taxistas em Paris bloqueia acessos a terminais de aeroporto. Site **G1**. 25 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/greve-de-taxistas-em-paris-bloqueia-acessos-a-terminais-de-aeroporto.html>>. Acesso em 17/07/16; FARIVAR, Cyrus. Days after taxi union protests, French authorities take Uber execs into custody. **Arstechnica**. 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://arstechnica.com/tech-policy/2015/06/two-uber-executives-in-france-detained-for-questioning/>>. Acesso em 17/07/16; KIRCHGAESSNER, Stephanie. Uber: veja a situação do aplicativo em diversas cidades pelo mundo. **Folha de São Paulo**. 25 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1633555-uber-veja-a-situacao-do-aplicativo-em-diversas-cidades-pelo-mundo.shtml>> Acesso em 17/07/16.

que cobram menos que taxis devido às altas taxas administrativas cobradas, alegado assim a existência de concorrência desleal. A situação ainda está em discussão na França.

Além disso, está em curso uma investigação do serviço do Uber em Paris que apreendeu diversos computadores e documentos para descobrir mais sobre o sistema feito e, inclusive, sobre o uso de dados pessoais de clientes. Por fim, chegaram a deter dois executivos do Uber para fazer questionamentos sobre a startup para a investigação.

Inglaterra⁷

Os taxistas em Londres alegaram que o aplicativo do Uber funcionava analogamente ao taxímetro. Tal argumento não foi aceito pela justiça inglesa, trazendo a possibilidade de manter as suas atividades normalmente no local. Isso porque o Uber possui licença e segue os regulamentos do órgão de transporte Transport for London.

Bélgica⁸

Em Bruxelas, o Uber foi proibido com multa de 10.000 euros para motoristas que utilizarem o aplicativo. Tal iniciativa foi criticada pelo vice-presidente da Comissão Europeia, alegando ser uma decisão “louca” e anticompetitiva.

7 THOMSON, Amy. Taxistas de Londres planejam protesto contra uso do aplicativo. O Globo. 12 de Maio de 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/taxistas-de-londres-planejam-protesto-contra-uso-de-aplicativo-12451557>>. Acesso em 17/07/16. e KIRCHGAESSNER, Stephanie. Op.cit.

8 Idem.

Espanha⁹

Houve uma proibição do funcionamento do Uber para todo o país em dezembro de 2014, com a alegação de operar sem autorização administrativa e configurar uma concorrência desleal com os taxistas.

China¹⁰

Na cidade de Chegzhou, houve uma investigação no escritório da empresa Uber que levou a proibição de motoristas particulares fornecerem seus serviços por meio de aplicativos na internet, incluindo o Uber.

Índia¹¹

Já na cidade de Nova Déli na Índia, houve a denúncia de tentativa de estupro de uma passageira pelo motorista, levando a proibição do aplicativo na cidade. Mas, o departamento de transporte da cidade afirma ainda existir operação do Uber mesmo com a proibição.

Alemanha¹²

Em Berlim, Frankfurt e outras cidades, o Uber foi proibido diversas vezes e teve recurso que suspendeu o banimento logo após. Mesmo assim, o

⁹ VALOR ECONÔMICO. Espanha bane aplicativo de transporte Uber por concorrência desleal⁹. **Valor Econômico**. 09 de Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/internacional/3809780/espanha-bane-aplicativo-de-transporte-uber-por-concorrenca-desleal>>. Acesso em 17/07/16. e KIRCHGAESSNER, Stephanie. Op.cit.

¹⁰ KIRCHGAESSNER, Stephanie. Op.cit.

¹¹ Idem.

¹² NICOLA, Stefan. Uber reduz quantidade de veículos em Berlim porque corte de preços prejudica negócios. Site **UOL**. 21 de Novembro de 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2014/11/21/uber-reduz-quantidade-de-veiculos-em-berlim-porque-corte-de-precos-prejudica-negocios.htm>>. Acesso em 17/07/16; e SCOTT, Mark. Alemanha suspende banimento ao aplicativo Uber em Berlim. **Folha de São Paulo**. 26 de Setembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/09/1523096-alemanha-suspende-banimento-ao-aplicativo-uber-em-berlim.shtml>>. Acesso em 17/07/16.

Uber passa por dificuldade na Alemanha para ter um preço competitivo e não sacrificar o lucro dos motoristas, com diminuição do preço da tarifa e do número da frota.

EUA¹³

Nos Estados Unidos, cada Estado promove a regulação própria sobre o tema.

No Kansas, legisladores aprovaram uma lei obrigando a empresa a realizar verificação de antecedentes em todos os motoristas no departamento investigativo do Kansas e obter seguro para todos os cadastrados, o que fez o Uber parar as suas atividades. Contudo, o Governador do estado vetou a medida, gerando nova regulação que: deixa o Uber realizar a verificação ele próprio, que a startup peça aos motoristas cadastrados que obtenham um seguro e que, se houver desrespeitos as normas, pode haver um processo contra a empresa com base nessa lei.

Em São Francisco na Califórnia, onde surgiu a empresa, houve uma decisão recente da justiça local deliberando que uma motorista independente fosse considerada empregada do Uber. Contudo, isso vai contra a ideia da empresa somente conectar motoristas independentes com os consumidores.

¹³ GRISWOLD, Alison. A California Labor Ruling Just Said an Uber Driver is an Employee. That's Uber's Worst Nightmare. **Slate** daily magazine on the Web. 17 de Junho de 2015. Disponível em: <http://www.slate.com/blogs/moneybox/2015/06/17/uber_drivers_ruled_employees_by_california_labor_commission.html>. Acesso em 17/07/16; KIRCHGAESSNER, Stephanie. Op. cit.; e LOWRY, Brian. Uber returns to Kansas after bill-signing Friday. **Kansas City**. 22 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www.kansas.com/news/politics-government/article21673137.html>>. Acesso em 17/07/16.

Portugal¹⁴

Nas cidades de Lisboa e Porto houve a decretação da suspensão da atividade do Uber Technologies Inc. em Portugal pela alegação de concorrência desleal. Contudo, funcionava a empresa Uber BV com sede na Holanda, ainda tendo esta, portanto, legitimidade para atuar nas cidades portuguesas.

Austrália¹⁵

Em Sydney, o Uber foi muito criticado pela aplicação dos algoritmos quando houve uma grande demanda na Crise de Reféns no fim do ano de 2014 para fugir das redondezas do sequestro em massa. Isso porque devido à alta procura, houve o aumento dos preços das corridas, mas, mesmo levando em conta o incentivo do lucro para os motoristas fazerem esse tipo de viagem de risco, a empresa reembolsou os passageiros que pagaram a mais durante a crise. O Uber continua em funcionamento no país.

¹⁴ ALVES, Andre Azevedo. Taxis, Uber e a Lei Arroja da Concorrência. Site **Observador**. 28 de Marco de 2015. Disponível em: <<http://observador.pt/opiniao/taxis-uber-e-a-lei-arroja-da-concorrenca/>> Acesso em 17/07/16; e ANDRÉ, Mario Rui. Gracias a Antral, a Uber pode continuar em Portugal. Site **Shifter**. 06 de Junho de 2015. <<http://shifter.pt/2015/06/gracas-a-antral-a-uber-pode-continuar-em-portugal/>>. Acesso em 17/07/16.

¹⁵ GONDIM, Ana Rachel. O egoísmo do Uber nos beneficia. Site **Estudantes pela Liberdade**. 09 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://epl.org.br/2015/06/09/o-egoismo-do-uber-nos-beneficia>>. Acesso em 17/07/16; e KIRCHGAESSNER, Stephanie. Op.cit.

Brasil¹⁶

O Uber no Brasil, devido a sua chegada recente, está trazendo atualmente discussões sobre a proibição ou não do aplicativo. No âmbito jurídico, houve uma decisão liminar judicial em São Paulo que decidiu a favor da proibição da atuação da startup em todo o país. Contudo, a liminar foi derrubada em recurso, o que suspendeu a decisão devido a erro formal: é necessária a representação do sindicato pelo Ministério Público, não podendo aquele ajuizar a ação sozinho. Paralelamente a isso, vários taxistas protestam pela proibição do Uber em todo o Brasil sob o argumento da concorrência desleal, com a existência de diversas audiências públicas realizadas em São Paulo (29/04/2015), Belo Horizonte (25/06/2015) e Brasília (18/06/2015).

Cabe ressaltar que diversas cidades como São Paulo, Bruxelas e Amsterdã, tiveram manifestações exacerbadas contra vários motoristas ligados ao Uber,

16 Sobre a repercussão no Brasil, C.f. TAGIAROLI, Guilherme. Taxistas protestam contra concorrência desleal do aplicativo Uber no Brasil. Site UOL. 08 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/04/08/taxistas-protestam-contra-concorrenca-desleal-do-aplicativo-uber.htm>>. Acesso em 17/07/16; REUTERS. Justiça de SP determina suspensão do Uber no Brasil. Site Exame da empresa Abril. 29 de Abril de 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/justica-de-sp-determina-suspensao-do-uber-no-brasil>>. Acesso em 17/07/16; GARCIA, Carolina. Disputa entre taxista e motorista Uber tem ameaças e clima de guerra. Site IG. 07 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-05-07/disputa-entre-taxistas-e-motoristas-uber-tem-ameacas-e-clima-de-guerra.html>>. Acesso em 17/07/16; TOMÉ, Pedro Ivo. Justiça de São Paulo revoga suspensão do aplicativo Uber. Site da **Folha de São Paulo**. 05 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1624792-justica-de-sao-paulo-revoga-suspensao-do-aplicativo-uber.shtml>>. Acesso em 17/07/16; GALDINHO, Renata. Taxistas sugerem revisão do código de trânsito contra legalidade do Uber em BH. Site **Hoje em Dia**. 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/horizontes/taxistas-sugerem-revis-o-no-codigo-de-transito-contra-legalidade-do-uber-em-bh-1.327693>>. Acesso em 17/07/16; INTERNETLAB. Audiência Pública sobre o Uber no Congresso. Site **Internetlab**. 18 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/agenda/audiencia-publica-sobre-o-uber-no-congresso/>>. Acesso em 17/07/16; CÂMARA DE SÃO PAULO. Audiência discute novos alvarás para taxistas e aplicativo Uber. Site da **Câmara de São Paulo**. 29 de Abril de 2015. Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br/blog/audiencia-discute-novos-alvaras-para-taxistas-e-aplicativo-uber/>>. Acesso em 17/07/16; e SILVA, Juliana Américo Lourenço da. “Vai ter morte”, diz taxista sobre regulamentação do aplicativo Uber. Site **Infomoney**. 19 de Abril de 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/gadgets/noticia/4112773/vai-ter-morte-diz-taxista-sobre-regulamentacao-aplicativo-uber>>. Acesso em 17/07/16.

uma vez que carros foram vandalizados por outros taxistas e até mesmo ameaças públicas foram feitas – como a do Presidente do Simtetaxis (Sindicatos dos motoristas e trabalhadores nas empresas de taxi de São Paulo) que disse em uma audiência pública sobre o assunto que caso o governo não tome providências, “vai ter morte”. Assim, são evidentes as disputas existentes entre as categorias, devendo existir cuidado quanto ao tratamento dessa questão.

CONCLUSÃO

O Uber por meio de um aplicativo de internet disponibiliza um meio de transporte privado que gira em torno de uma economia colaborativa. Essa prática recente traz novas formas de inovação no mercado de transporte, não podendo simplesmente tentar aplica-la às normas pré-existentes ou simplesmente ignorar os avanços realizados pela tecnologia, como explicita a autora Sofia Ranchordás: “jogo diferente + mesmas regras = fim de jogo¹⁷”.

Diante dessa realidade, o caminho mais correto para promover a inovação sem deixar de cuidar efetivamente do bem-estar do consumidor seria criando novas regras. Por meio delas, será possível regular a atuação de empresas de economia colaborativa, como o Uber, fixando termos de conduta e de responsabilização tanto para a empresa quanto para os motoristas independentes. Ao mesmo tempo promoveria o desenvolvimento tecnológico pela abertura e liberdade existente para criação e geração de desenvolvimento econômico no país, indo na contramão de diversas decisões recentes na Europa. As empresas de economia colaborativa são também importantes para pressionar o desenvolvimento dos taxistas para adequar às novas tecnologias.

Observa-se assim que os taxistas, acostumados com a falta de concorrência, requerem apenas a declaração de ilegalidade do aplicativo, enquanto a startup, do outro lado, defende a liberdade desse novo tipo de transporte. Deve-se ter

¹⁷ Livre tradução do seguinte trecho: “Different game + same rules = game over”. RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* Preliminary version, No. 06/2015, 2015, p. 63.

cuidado para que a discussão não seja feita entorno do privilégio dos taxistas como se verifica comumente em audiências públicas cuja participação conta apenas com os sindicatos de taxistas, e sim no real interesse da regulação: o bem-estar do consumidor.

Deve-se buscar a regulação da atividade do Uber de forma a garantir que todo o procedimento de segurança dos motoristas e consumidores seja feito por meio da existência de seguros e efetividade das avaliações – buscando uma contrapartida transparente da empresa quanto as suas atitudes. Mas, é evidente a importância desta nova forma inovadora de distribuição do serviço como concorrência não apenas pelo aspecto legal, como também almejada pelos consumidores para melhoria da qualidade do serviço e preço.

Pensar, promover e gerar a inovação é algo que desde os primórdios da humanidade foi o produto da supremacia de inteligência diante de outros animais, devendo ser amparado nos dias de hoje por meio de regulação própria no ordenamento jurídico, garantindo boa convivência e prosperidade economicamente ao país. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Andre Azevedo. Taxis, Uber e a Lei Arroja da Concorrência. Site **Observador**. 28 de Marco de 2015. Disponível em: <<http://observador.pt/opiniao/taxis-uber-e-a-lei-arroja-da-concorrenca/>> Acesso em 17/07/16.

ANDRÉ, Mario Rui. Gracias a Antral, a Uber pode continuar em Portugal. Site **Shifter**. 06 de Junho de 2015. <<http://shifter.pt/2015/06/gracias-a-antral-a-uber-pode-continuar-em-portugal/>> Acesso em 17/07/16.

BELO HORIZONTE. **Portaria BHTRANS DPR nº 190**, de 24 de Dezembro de 2008. Disponível em:<<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=989112>>. Acesso em 17/07/16.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17/07/16.

_____. Lei nº 12.468, de 26 de Agosto de 2011. Regulamenta a profissão de taxista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm>. Acesso em 17/07/16.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 17/07/16.

_____. **Lei nº 12.587, de 03 de Janeiro de 2012.** Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em 17/07/16.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. DOU 24.04.2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 17/07/16.

CÂMARA DE SÃO PAULO. Audiência discute novos alvarás para taxistas e aplicativo Uber. Site da **Câmara de São Paulo**. 29 de Abril de 2015. Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br/blog/audiencia-discute-novos-alvaras-para-taxistas-e-aplicativo-uber/>>. Acesso em 17/07/16.

FARIVAR, Cyrus. Days after taxi union protests, French authorities take Uber execs into custody. Site **Arstechnica**. 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://arstechnica.com/tech-policy/2015/06/two-uber-executives-in-france-detained-for-questioning/>>. Acesso em 17/07/16.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Direito Econômico. 7ª Edição.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GALDINHO, Renata. Taxistas sugerem revisão do código de trânsito contra legalidade do Uber em BH. Site **Hoje em Dia**. 29 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www. hojeemdia.com.br/horizontes/taxistas-sugerem-revis-o-no-codigo-de-transito-contra-legalidade-do-uber-em-bh-1.327693>>. Acesso em 17/07/16

GARCIA, Carolina. Disputa entre taxista e motorista Uber tem ameaças e clima de guerra. Site **IG**. 07 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-05-07/disputa-entre-taxistas-e-motoristas-uber-tem-ameacas-e-clima-de-guerra.html>>. Acesso em 17/07/16.

GONDIM, Ana Rachel. O egoísmo do Uber nos beneficia. Site **Estudantes pela Liberdade**. 09 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://epi.org.br/2015/06/09/o-egoismo-do-uber-nos-beneficia>>. Acesso em 17/07/16.

GRISWOLD, Alison. A California Labor Ruling Just Said an Uber Driver is an Employee. That's Uber's Worst Nightmare. **Slate** daily magazine on the Web. 17 de Junho de 2015. Disponível em: <http://www.slate.com/business/moneybox/2015/06/17/uber_drivers_ruled_employees_by_california_labor_commission.html>. Acesso em 17/07/16

_____. Can Uber Disrupt the Law? **Slate**. 18 de Junho de 2015. Disponível em: <http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2015/06/uber_california_labor_commission_here_s_where_the_company_s_legal_fights.html>. Acesso em 17/07/16.

G1. Greve de taxistas em Paris bloqueia acessos a terminais de aeroporto. Site **G1**. 25 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/greve-de-taxistas-em-paris-bloqueia-acessos-a-terminais-de-aeroporto.html>>. Acesso em 17/07/16.

INTERNETLAB. Audiência Pública sobre o Uber no Congresso. Site **Internetlab**. 18 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://www.internetlab.org.br/pt/agenda/audiencia-publica-sobre-o-uber-no-congresso/>>. Acesso em 17/07/16.

KIRCHGAESSNER, Stephanie. Uber: veja a situação do aplicativo em diversas cidades pelo mundo. **Folha de São Paulo**. 25 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1633555-uber-veja-a-situacao-do-aplicativo-em-diversas-cidades-pelo-mundo.shtml>> Acesso em 17/07/16.

KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew D.; THIERER, Adam D. The sharing economy and consumer protection regulation: The case for policy change. **The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law**, v. 8, n. 2, 2015.

LOWRY, Brian. Uber returns to Kansas after bill-signing Friday. **Kansas City**. 22 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www.kansas.com/news/politics-government/article21673137.html>>. Acesso em 17/07/16.

MENDOZA, Ronald U.; KO, Aladdin; MANIPON, Jessica J. **Is LTFRB Uber-Reacting?**. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2599113>>. Acesso em 17/07/16.

NICOLA, Stefan. Uber reduz quantidade de veículos em Berlim porque corte de preços prejudica negócios. Site **UOL**. 21 de Novembro de 2014. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2014/11/21/uber-reduz-quantidade-de-veiculos-em-berlim-porque-corte-de-precos-prejudica-negocios.htm>>. Acesso em 17/07/16.

O GLOBO. Taxistas franceses fazem protesto contra serviços como o Uber. **O Globo**. 10 de Fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/taxistas-franceses-fazem-protesto-contraservicos-como-uber-11562415>>. Acesso em 17/07/16.

RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. **Minnesota Journal of Law, Science & Technology** Preliminary version, No. 06/2015, 2015

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulação dos serviços de táxi. **Revista do IBRAC** 22 (2013): 277-306. Disponível em: <http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/21>. Acesso em 17/07/16.

REUTERS. Justiça de SP determina suspensão do Uber no Brasil. Site **Exame** da empresa Abril. 29 de Abril de 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/justica-de-sp-determina-suspensao-do-uber-no-brasil>>. Acesso em 17/07/16

SCOTT, Mark. Alemanha suspende banimento ao aplicativo Uber em Berlim. **Folha de São Paulo**. 26 de Setembro de 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/09/1523096-alemanha-suspende-banimento-ao-aplicativo-uber-em-berlim.shtml>>. Acesso em 17/07/16.

SILVA, Juliana Américo Lourenço da. “Vai ter morte”, diz taxista sobre regulamentação do aplicativo Uber. Site **Infomoney**. 19 de Abril de 2015. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/minhas-financas/gadgets/noticia/4112773/vai-ter-morte-diz-taxista-sobre-regulamentacao-aplicativo-uber>>. Acesso em 17/07/16.

TAGIAROLI, Guilherme. Taxistas protestam contra concorrência desleal do aplicativo Uber no Brasil. Site **UOL**. 08 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/04/08/taxistas-protestam-contraconcorrencia-desleal-do-aplicativo-uber.htm>>. Acesso em 17/07/16

THOMSON, Amy. Taxistas de Londres planejam protesto contra uso do aplicativo. **O Globo**. 12 de Maio de 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/taxistas-de-londres-planejam-protesto-contras-uso-de-aplicativo-12451557>>. Acesso em 17/07/16.

TOMÉ, Pedro Ivo. Justiça de São Paulo revoga suspensão do aplicativo Uber. Site da **Folha de São Paulo**. 05 de Maio de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1624792-justica-de-sao-paulo-revoga-suspensao-do-aplicativo-uber.shtml>>. Acesso em 17/07/16

UBER. **Site oficial da empresa Uber**. Disponível em: <<https://www.uber.com/pt/>>. Acesso em 17/07/16.

VALOR ECONÔMICO. Espanha bane aplicativo de transporte Uber por “concorrência desleal”. **Valor Econômico**. 09 de Dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/internacional/3809780/espanha-bane-aplicativo-de-transporte-uber-por-concorrencia-desleal>>. Acesso em 17/07/16.

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A NOVA ECONOMIA: UMA ANÁLISE PRELIMINAR DO CASO GOOGLE

*Fabiano Teodoro Lara*¹

*André Belfort*²

INTRODUÇÃO

O processo de evolução das políticas de defesa da concorrência tradicionalmente acontece com algum atraso em relação à evolução econômica³. Em outras palavras, a defesa da concorrência sofre com um período de defasagem até ser devidamente informada pelas teorias econômicas e, a partir disso, adaptar-se para que esteja de acordo com os mais recentes paradigmas sociais e econômicos. Com isso, em determinados momentos históricos onde as mudanças do contexto econômico ainda não foram plenamente alcançadas e compreendidas pelo sistema de defesa da concorrência, o processo de interação entre a defesa da concorrência e os agentes econômicos deve ser tratado com especial cuidado.

Nesse sentido, atualmente uma das fronteiras econômicas que desafia o direito da concorrência é o desenvolvimento dos mercados que se convencionou

-
- ¹ Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Comunicação Social pela PUC-MG. Professor Adjunto de Direito Econômico dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG e dos Cursos de Economia, Administração e Relações Internacionais do IBMEC. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFG. Email: fabianotrl@ufmg.br
 - ² Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Propriedade Intelectual e Inovação pelo CEAJUFE / Universidade de Itaúna. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFG. E-mail: andrebelfort@gmail.com
 - ³ POSNER, Richard A. Antitrust in the New Economy. **Olin Working Paper No. 106**. University of Chicago Law & Economics, 2000, p. 11. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=249316>>. Último acesso em 08/06/2015.

chamar de “Nova Economia”. Posner ⁴ define esse conceito como “três indústrias distintas, embora relacionadas”, citando, como integrantes da nova economia as indústrias de produção de programas de computador, negócios baseados na *internet* e serviços e equipamentos de comunicação desenvolvidos para dar suporte aos dois primeiros mercados⁵. Carrier⁶, em recente artigo publicado no *Harvard Journal of Law & Technology*, afirma que “a cada geração, um caso da Nova Economia aparece para testar a legislação antitruste. [...] Na década de 70 foi a IBM. Na década de 90, a Microsoft. Em 2013, é a Google⁷”.

Manne e Wright⁸ chegam a afirmar, inclusive, que “mesmo que o governo jamais concretize ações contra a Google, o caso hipotético apresenta um conjunto de fatos fascinante⁹”. Entretanto, as investigações antitruste sobre a Google não tiveram de se restringir ao campo das hipóteses. O crescimento do *market share*¹⁰ apresentado pela Google no campo de buscas *online*, através de seu mecanismo de busca homônimo, chamaram a atenção das autoridades antitruste, e acabaram culminando na instauração de investigações perante a

4 Ibidem, p. 2.

5 “I shall use the term the ‘new economy’ to denote three distinct though related industries. The first is the manufacture of computer software. The second consists of the Internet-based businesses (Internet access providers, Internet service providers, Internet content providers), such as AOL and Amazon. And the third consists of communications services and equipment designed to support the first two markets.” (Idem).

6 CARRIER, Michael A. Google and Antitrust: Five Approaches to an Evolving Issue. **Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series**, 2013, p. 1. Disponível em <<http://jolt.law.harvard.edu/antitrust/articles/Carrier.pdf>> Último acesso em 08/06/2015.

7 “Each generation, a new-economy case comes along that tests antitrust law. [...] In the 1970s, it was IBM. In the 1990s, it was Microsoft. In 2013, it is Google.” (Idem).

8 MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 24, no. 1, 2011, p. 19. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=1577556> Último acesso em 08/06/2015.

9 “Even if the government never brings an enforcement action against Google, the hypothetical case presents a fascinating set of facts.” (Idem).

10 Alcançando valores de quase monopólio tanto no mercado Europeu (LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; BITTENCOURT, Izabella Luiza Alonso. **Abuso de Poder de Mercado e Mercado Relevante na Nova Economia: Uma Reflexão a Partir do Caso Google**. In: CONPEDI/UNICURITIBA (Org.). *Direito Econômico*. CLARK, Giovani; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; OPUSZKA, Paulo Ricardo (Coord.). p. 108-122. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p.10.)

Comissão Federal de Comércio Norte-Americana (*Federal Trade Commission – FTC*) e a Comissão Europeia (*European Commission – EC*).

Também no Brasil a Google é hoje objeto de pelo menos três processos administrativos distintos instaurados pelo CADE, com fundamento em denúncias apresentadas por competidores baseadas em “supostas práticas anticompetitivas adotadas pelo Google Inc e pelo Google Brasil Internet Ltda. no mercado brasileiro de buscas *online*”¹¹.

Entretanto, a experiência paradigmática anterior da atuação antitruste na Nova Economia, com o caso Microsoft, revelou-se como um alerta, uma vez que a ascensão e o declínio do poder de mercado e do monopólio da Microsoft aconteceram *apesar* da atuação antitruste, e não *por causa* dela¹².

Assim, para que as potenciais consequências anticompetitivas das condutas praticadas pela Google possam ser analisadas, é importante ter em perspectiva que a concorrência e as vantagens advindas de eventual posição dominante, na Nova Economia, aparentam ter características diferentes daquelas existentes na “velha” economia.

Considerando todo o exposto, o presente capítulo pretende fazer uma análise preliminar dos desafios impostos pelo “caso Google” para o Direito da Concorrência brasileiro. Para isso, divide-se o trabalho em três partes.

Na primeira parte, será feita uma análise das características da Nova Economia, principalmente no que diz respeito à indústria de negócios baseados na internet, estabelecendo-se se, e em quais aspectos, a Nova Economia difere da “velha” economia. Na segunda parte do trabalho, será feita uma análise

11 Conforme notícia de outubro de 2013, disponível no site do CADE: “Cade investiga supostas práticas anticompetitivas do Google no mercado brasileiro de buscas online” Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7acd5cad47dc33f00532025eeb6f>> Último acesso em 08/06/2015.

12 BITETTI, Rosamaria; CARLI, Luiss Guido. **Google, Competition Policy and the Hegel’s Owl.** SIDE - ISLE 2012 - Eight Annual Conference, Roma, 2012, p. 2-3. Disponível em <<http://www.side-isle.it/ocs2/index.php/SIDE/SIDE2012/schedConf/presentations>> Último acesso em 08/06/2015.

crítica sobre a aplicabilidade de alguns conceitos do Direito da Concorrência (como as noções de exercício abusivo de poder de mercado, mercado relevante, monopólio, entre outros) à Nova Economia. Por fim, na terceira parte, pretende-se fazer uma análise, a partir do “caso Google”, sobre os desafios que este caso representa para o Direito da Concorrência.

Por se tratar de uma análise preliminar do “caso Google”, o objetivo do presente trabalho é estabelecer alguns apontamentos iniciais sobre as considerações que devem pautar um órgão de Defesa da Concorrência quando este se deparar com um caso da Nova Economia, tomando-se por referencial o “caso Google”.

A “NOVA ECONOMIA”

A partir da definição de Richard Posner de “Nova Economia”, é interessante notar que, entre os três mercados delimitados, o que atualmente se encontra em um boom econômico é exatamente o mercado de “negócios baseados na internet”. O mercado de produção de programas de computador já esteve no foco de uma revolução econômica e encontrou em um dos seus maiores expoentes – a Microsoft – um dos primeiros casos de grande repercussão envolvendo a defesa da concorrência na Nova Economia. Os resultados, porém, não foram exatamente os esperados, e o papel da defesa da concorrência foi marginal no declínio do poder de mercado da Microsoft, que teve como principal causa a competição de agentes mais inovadores dela¹³.

Ao aprofundar sua análise sobre a Nova Economia, Richard Posner¹⁴ ensina que:

As indústrias tradicionais são caracterizadas por produção multiplanta e multifirma (indicando que economias de escala são limitadas tanto no nível da planta quanto no nível da firma, ou em outras palavras,

¹³ Ibidem, p. 2

¹⁴ POSNER, Richard A. Op.cit., p.2.

que os custos totais médios aumentam mesmo em níveis de produção modestos), mercados estáveis, pesado investimento em capital, taxas modestas de inovação, e entrada e saída (*de agentes no mercado*) lenta e pouco frequente. As indústrias da nova economia que eu estarei discutindo tendem a não ter as mesmas características. Elas são caracterizadas, ao contrário, por queda no custo médio (no nível do produto, e não da firma) mesmo em quantidades amplas de produção, requisitos modestos de capital em relação ao que está disponível para novas empresas no mercado moderno de capital, altas taxas de inovação, entrada e saída (*de agentes no mercado*) rápida e constante, e economias de escala no consumo (também conhecido como “externalidades de rede”), que para serem auferidas podem exigir ou monopólio ou cooperação interfirmas para determinação de padrões¹⁵.

A descrição de Posner sobre, principalmente, as altas taxas de inovação presentes na Nova Economia ecoam a teoria de Joseph Schumpeter que, ao tratar do papel da inovação no processo econômico, criou a definição de “Destruição Criadora” (que seria o processo de inovação) como “fato essencial” do capitalismo, e nesse contexto as empresas devem reconhecer que o estado de permanente evolução econômica e industrial é o estado natural do capitalismo¹⁶.

15 “The traditional industries are characterized by multiplant and multifirm production (indicating that economies of scale are limited at both the plant level and the firm level, or in other words that average total costs are rising at relatively modest output levels), stable markets, heavy capital investment, modest rates of innovation, and slow and infrequent entry and exit. The new-economy industries that I’ll be discussing tend to lack these features. They are characterized instead by falling average costs (on a product, not firm, basis) over a broad range of output, modest capital requirements relative to what is available for new enterprises from the modern capital market, very high rates of innovation, quick and frequent entry and exit, and economies of scale in consumption (also known as “network externalities”), the realization of which may require either monopoly or interfirm cooperation in standards setting. And while vertical integration is a common feature of the old economy, it tends to be even more common in the new one, precipitating an unusually large number of firms into customer or supplier relations with other firms that are also its competitors.” (Idem).

16 SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism and Democracy**. 5a Ed. rev. Londres: Routledge, 2006, p. 83.

Adam Thierer¹⁷ oferece interessante releitura moderna da intercessão entre a Nova Economia de Posner e a Destruição Criadora de Schumpeter:

Inovadores que se arriscam estão constantemente agitando as coisas e substituindo os gigantes letárgicos e pesados de ontem. Em mercados construídos principalmente sobre código binário, o ritmo e a natureza da mudança se tornou hiper-schumpeteriana: implacável e absolutamente imprevisível¹⁸.

Assim, é fundamental reconhecer que a Nova Economia, ao menos em teoria, se comporta como um mercado altamente Schumpeteriano, em que a inovação tem um papel central, e com taxas inéditas, quando comparadas às taxas de inovação em indústrias tradicionais.

A partir das teorias expostas, pode-se arriscar fazer um recorte singular acerca das características fundamentais da nova economia: inovação e volatilidade. A análise econômica ou concorrencial tradicional foi construída com base em uma economia também tradicional; o nascimento das primeiras legislações antitruste americanas, por exemplo, coincide com a industrialização típica da revolução industrial; da mesma forma, no Brasil, parte da preocupação original com o desenvolvimento econômico – a partir do Planos Nacionais de Desenvolvimento (PNDs) – era a criação de conglomerados nacionais fortes e competitivos, inclusive no mercado internacional. Tem-se, daí, que muitas das ferramentas legais e econômicas foram criadas – ou, ao menos, referenciam – uma realidade econômica baseada no contexto da revolução industrial e de processos de industrialização e competitividade industrial em mercados tradicionais, de linhas de produção física, sistemas e custos de distribuição significativos e produtos materiais resultantes do processo

17 THIERER, Adam. Of ‘Tech Titans’ and Schumpeter’s Vision. **Forbes**. 2011, p. 2. Disponível em <<http://www.forbes.com/sites/adamthierer/2011/08/22/of-tech-titans-and-schumpeters-vision>>. Último acesso em 26/06/2015

18 “Innovative risk-takers are constantly shaking things up and displacing yesterday’s lumbering, lethargic giants. In markets built largely upon binary code, the pace and nature of change has become hyper-Schumpeterian: unrelenting and utterly unpredictable.” (Idem).

industrial. Nenhum desses paradigmas, aparentemente, se repete na Nova Economia, principalmente nos mercados de programas de computador e negócios baseados na internet.

Como pontuado por Posner¹⁹ as taxas de inovação, a imobilização de capital necessário, e a própria mobilidade dos agentes para sair ou entrar nos mercados da Nova Economia a distinguem de forma crucial da “velha economia” (ou, alternativamente, “economia tradicional”) e exigem a criação de novos paradigmas teóricos que saibam reconhecer essas diferenças.

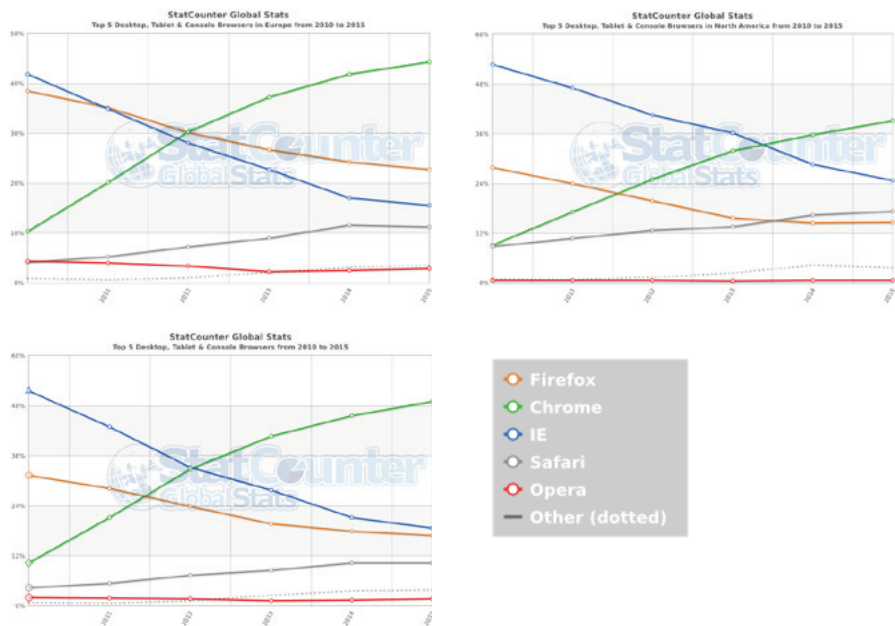
Não se pretende, com isso, afirmar que a chamada “economia tradicional” tornou-se menos relevante economicamente – até mesmo por isso opta-se pelo uso dessa expressão em detrimento de “velha economia” – mas reconhecer que não se pode pretender a aplicação de critérios idênticos para os dois paradigmas sem que se tenha um conhecimento mais detalhado acerca das diferenças entre ambos, bem como potenciais consequências de atuação e intervenção em cada um.

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A “NOVA ECONOMIA”

Uma vez dissecada, superficialmente, a Nova Economia, cumpre entender como o Direito da Concorrência teria de se adaptar para lidar com essa realidade – tão afastada da realidade econômica tradicional, anteriormente exposta, e que estruturou a disciplina da defesa da concorrência. Para tanto, pode-se fazer uso de um caso concreto – especificamente, o caso Microsoft – para que se possa verificar onde as políticas de defesa da concorrência, em oportunidades anteriores, não souberam lidar com a Nova Economia. Ou, nas palavras de Bitteti e Carli²⁰, “a oportunidade de olhar para trás, como a coruja de Hegel, para os casos Microsoft deveria nos dar alguma perspectiva para a

¹⁹ POSNER, Richard A. Op.cit., p.2.

²⁰ BITETTI, Rosamaria; CARLI, Luiss Guido. Op.cit., p.3.



natureza efêmera do monopólio e de outros modelos de concorrência em contextos altamente inovadores²¹”.

É possível visualizar os fundamentos para a crítica feita por Bitteti e Carli ao individualizarmos o caso Microsoft do Internet Explorer, em que a Microsoft foi condenada pela Comissão Europeia por oferecer o navegador Internet Explorer de forma gratuita e em conjunto com o sistema operacional Microsoft Windows. Mesmo em face de sanções severas – como pesada multa e a obrigação de ofertar opção de navegadores de internet distintos para os usuários – podemos verificar que a participação de mercado do Internet Explorer não se comportou de maneira diferente na Europa (Gráfico 1), em que a sanção foi aplicada, e nos Estados Unidos da América (Gráfico 2), em que não houve sanção. Mais do que isso, o comportamento do mercado global em relação à participação de mercado do Internet Explorer (Gráfico

²¹ “The opportunity of looking back, like the Hegel’s owl, at the Microsoft cases should give us some perspective on the ephemeral nature of monopoly and other competition models in highly innovative contests” (Idem).

3) foi muito similar aos outros dois mercados (Europa e Estados Unidos) levando a interessante conclusão de Bitetti e Carli (2011, p.2), já anteriormente citada, que o papel do antitruste no declínio da Microsoft foi, na melhor das hipóteses, marginal.

Gráfico 1 – Participação do Internet Explorer no Mercado Europeu – 2010 a 2015.
Gráfico 2 – Participação do Internet Explorer no Mercado N.Americano – 2010 a 2015.
Gráfico 3 – Participação do Internet Explorer no Mercado Mundial – 2010 a 2015.

Fonte: <<http://gs.statcounter.com>>

A ideia de uma intervenção antitruste que tenha efeito marginal é, na melhor das hipóteses, inquietante. Frank Easterbrook (1984), ao propor o modelo de “teoria do custo do erro²²”, estabelecia que a intervenção antitruste pode errar de duas formas: atuando quando não deveria (erro tipo I ou “falso positivo”) ou deixando de atuar quando deveria (erro tipo II ou “falso negativo”).

Ora, se o mercado, independente da atuação antitruste, já estava apto a se autocorriger – com base na competição de agentes mais inovadores surgidos no próprio mercado – então não haveria justificativa plausível para a intervenção nos moldes em que ocorreu. Assim, a atuação do autoridade antitruste no caso Microsoft / Internet Explorer seria um erro do tipo I – falso positivo – por identificar potencial anticompetitivo em uma prática que o mercado, de forma autônoma, corrigiu.

A pergunta que se deve fazer, portanto, é: quais foram os motivos que levaram a autoridade antitruste a atuar nesse caso, ao invés de crer na autocorreção do mercado? E Bitetti e Carli²³ e Posner²⁴ propõem uma resposta: o monopólio, na Nova Economia, não se comportaria como na economia tradicional. Posner, inclusive, chega a cunhar o conceito de “monopólio frágil”, que seria mais característico da Nova Economia. Entretanto, ao analisar o caso Microsoft com as “lentes” da economia tradicional – identificando grande participação de mercado por parte do agente, capacidade de *lock in*, o poder do *default* na tomada de decisão do consumidor, entre outros – a autoridade antitruste, aparentemente de forma precipitada, presumiu que o poder de mercado da Microsoft se comportaria na Nova Economia como na economia tradicional. E as altas taxas de inovação inerentes à Nova Economia acabaram

22 “Error cost framework” (Idem).

23 Idem.

24 POSNER, Richard A. Op.cit., p. 7.

por demonstrar que, ao contrário, o poder de mercado na Nova Economia tem, sim, um caráter frágil, posto que sempre colocado em risco pela possibilidade de uma inovação.

Essa possibilidade, aliás, já era prevista por Schumpeter (2006, p. 84-85) em obra originalmente publicada em 1943:

Na realidade capitalista, distinta da sua imagem em livros didáticos, não é essa espécie de concorrência que conta, mas a concorrência vinda da nova *commodity*, da nova tecnologia, da nova fonte de insumos, da nova forma de organização (...) Este tipo de concorrência é muito mais eficiente que a outra (...).

É quase desnecessário apontar que essa concorrência do tipo que agora temos em mente atua não apenas quando existe de fato, mas também quando é apenas uma ameaça onipresente. Ela disciplina antes de atacar. O homem de negócios se sente em uma situação de concorrência ainda que ele esteja sozinho em seu ramo de negócios ou se, ainda que não esteja sozinho, ele tenha uma posição tal que especialistas do governo não consigam ver qualquer concorrência efetiva entre ele e qualquer outra firma na mesma área, ou em áreas semelhantes, e concluem conseqüentemente que o discurso desse homem de negócios, uma vez examinado, sobre suas dificuldades concorrenciais é apenas um faz-de-contas²⁵.

25 “But in capitalist reality as distinguished from its textbook picture, it is not that kind of competition which counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization [...] This kind of competition is as much more effective than the other [...]. It is hardly necessary to point out that competition of the kind we now have in mind acts not only when in being but also when it is merely an ever-present threat. It disciplines before it attacks. The businessman feels himself to be in a competitive situation even if he is alone in his field or if, though not alone, he holds a position such that investigating government experts fail to see any effective competition between him and any other firms in the same or a neighboring field and in consequence conclude that his talk, under examination, about his competitive sorrows is all make-believe.” (Idem).

Se a concepção de Schumpeter parece um tanto otimista no poder de auto-correção do mercado com base na inovação, quando em face de um mercado tradicional, para o paradigma da Nova Economia ele aparenta ter acertado em cheio. E, se as lições do caso Microsoft e as previsões de Schumpeter servem como um alerta, então a pergunta seguinte que deve ser feita é: como lidar com o novo desafio proposto pela Nova Economia ao Direito da Concorrência? E esse desafio é, sem dúvidas, o caso Google.

O CASO GOOGLE

Se o caso Microsoft já apresentou uma série de desafios, o conjunto de condutas que pode ser chamada de “caso Google” aparenta ser ainda mais interessante. A existência de investigações simultâneas em diversas autoridades antitruste – dentre as quais o *Federal Trade Commission – FTC*, a *European Commission – EC*, e o próprio CADE – aliada à relevância que a companhia Google atingiu em nível mundial tornam o caso Google o candidato ideal para o próximo desafio ao Direito da Concorrência moderno.

O primeiro grande desafio estabelecido pelo caso Google é exatamente uma das etapas cruciais para o Direito da Concorrência: a delimitação do mercado relevante. Embora Kaplow (2011) problematize a necessidade de delimitação do mercado relevante, certo é que a atual prática antitruste exige, para a determinação de poder de mercado e a existência de abuso de poder de mercado, alguma análise acerca do mercado relevante envolvido.

Nesse sentido, o CADE, em Nota Técnica que fundamentou a instauração de processo administrativo contra o Google, reconheceu a necessidade de delimitação – preliminar – do mercado afetado:

- 112 As denúncias trazidas ao conhecimento desta SG dizem respeito à possibilidade de uso abusivo do poder de mercado pelo Google, no sentido de que este, consoante incisos III, IV, X e XI do § 3º do art. 36 da Lei 12.529/11, poderia limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado ou criar dificuldades ao seu desenvolvimento, pela realização da prática de discriminação, recusa de venda, e imposição de dificuldades a concorrentes.
- 113 Nesse sentido, far-se-á, inicialmente, uma avaliação do mercado potencialmente afetado com a conduta referida.

5.1**DOS MERCADOS AFETADOS**

- 114 As autoridades antitruste, geralmente, utilizam-se do conceito de “mercado relevante” para circunscrever uma discussão concorrencial específica a um dado mercado, possibilitando uma avaliação inicial de qual seria a participação de mercado dos agentes envolvidos. De acordo com o Guia de Análise de Atos de Concentração (da SEAE e da SDE), o referido teste consiste na busca pela menor delimitação de mercado em que uma suposta estrutura monopolística – criada artificialmente no mercado – conseguiria impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento dos preços”.
- 115 Ocorre que quando se analisam condutas anticompetitivas é possível que os efeitos da prática já tenham ocorrido no mercado, não sendo razoável supor que a análise prognóstica utilizada em atos de concentração seja a mais adequada.
- 116 É relevante ressaltar, ainda, que, se os efeitos da prática (como os aumentos de preços analisados) são verificados diretamente no mercado, estando o âmbito material e geográfico da conduta razoavelmente evidentes, não há sentido em milimetrar as fronteiras do mercado relevante, a partir de testes formais.

- 117 Não caberia, neste momento, adotar qualquer definição de mercado relevante vinculante à análise ou ao parecer final desta SG. Todavia, para haver o mínimo de compreensão a respeito das categorias analíticas a serem abordadas neste parecer, mister se faz avaliar, mesmo que preliminarmente, quais seriam os mercados afetados pela denúncia reportada¹.

Conquanto não seja o objeto deste capítulo debater a definição do mercado relevante em processos específicos do caso Google, algumas conclusões preliminares podem ser obtidas a partir do trecho citado.

Deve-se ressaltar, inicialmente, que embora a definição de mercado relevante para investigações contra o Google tenham sido historicamente complexas, inclusive em outras jurisdições, os critérios estabelecidos pela Nota Técnica aparentam fundamentar-se em meios tradicionais de definição de mercado relevante e, até mesmo, em um certo questionamento sobre a necessidade de definição do mercado relevante.

Mais do que isso, ainda que reconheça a excepcionalidade do caso Google (o que é feito no decorrer da Nota Técnica), vê-se claramente a referência a um mercado baseado em preços. Conquanto essa referência seja, teoricamente, válida caso o mercado relevante escolhido seja o de busca patrocinada, como ficaria a referência de um “pequeno porém significativo e não transitório aumento dos preços” no mercado da busca gratuita? Nesse caso, parece haver um problema curioso: a técnica de definição de mercado só é aplicável se, *a priori*, já foi feita uma escolha sobre qual o mercado relevante a se definir (qual seja, o mercado de anúncios pagos); caso se abordasse o problema sem um conceito pré-determinado de mercado relevante, talvez não fosse possível definir esse mercado com o ferramental atualmente disponível – e amplamente utilizado – para o Direito da Concorrência.

¹ CADE, Op. cit., p. 35-36.

E esses problemas potenciais dizem respeito apenas à definição de mercado relevante. Em outras jurisdições – em que as investigações foram mais longe – já se deparou, por exemplo, com o desafio sobre como intervir. Se o Direito da Concorrência conhece a teoria da firma o suficiente para intervir de forma eficiente em empresas tradicionais, será que ele está pronto para intervir em empresas cuja racionalidade e operação não seguem as mesmas regras? O caso Microsoft aparenta indicar que não, e ainda não se identificaram ferramentas de intervenção no Google que justifiquem maior otimismo na eficiência destas intervenções, caso venham a ocorrer.

CONCLUSÃO

O presente capítulo procurou oferecer um panorama preliminar sobre a aplicação do direito concorrencial à Nova Economia. Os desafios estabelecidos por essa interface estão longe de serem novos, mas ainda assim seu estudo é muito frutífero, uma vez que ainda não foi possível estabelecer os critérios que permitem afirmar que o Direito da Concorrência está pronto para lidar com mercados de altamente inovadores e de alta tecnologia – como é o caso da Nova Economia.

Partindo de uma análise das características específicas da Nova Economia, o trabalho se propôs a entender quais seriam os motivos pelos quais essas características dificultariam o processo de análise concorrencial de condutas na Nova Economia bem como de intervenção concorrencial em empresas integrantes desse mercado.

Por meio de uma análise retrospectiva do caso Microsoft, e tentando extrair do caso lições que pudessem servir para a reflexão por parte da doutrina antitruste, entendo as limitações e equívocos eventualmente cometidos no caso. Com este arcabouço estabelecido, passou-se, então, à análise dos desafios estabelecidos pelo caso Google.

Embora alguns desses desafios tenham sido desenvolvidos apenas como exercício teórico, compreender as limitações de aplicação do direito concorrencial ao caso Google pode auxiliar na maturação da política antitruste – principalmente no extremo das agências antitruste – trazendo à luz as peculiaridades de empresas altamente inovadoras e voláteis, e a necessidade de adequação do Direito da Concorrência a essa realidade. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

BITETTI, Rosamaria; CARLI, Luiss Guido. **Google, Competition Policy and the Hegel's Owl**. SIDE - ISLE 2012 - Eight Annual Conference, Roma, 2012. Disponível em <<http://www.side-isle.it/ocs2/index.php/SIDE/SIDE2012/schedConf/presentations>>. Último acesso em 08/06/2015.

CARRIER, Michael A. Google and Antitrust: Five Approaches to an Evolving Issue. **Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series**, 2013. Disponível em <<http://jolt.law.harvard.edu/antitrust/articles/Carrier.pdf>>. Último acesso em 08/06/2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – CADE. **Nota Técnica nº 349-2013 no Procedimento Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Versão pública, 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Documento.aspx?1418e036c08ddc64df31fc151f2c0250ed6ec38e81929f6eb769bc45e769fc53e265f856>>. Último acesso em 08/06/2014.

EASTERBROOK, Frank H. Limits of Antitrust. **Texas Law Review** 1, volume 63. Texas, 1984.

KAPLOW, Louis. Why (Ever) Define Markets?. **Harvard Law Review**, Forthcoming; Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 666; Harvard Public Law Working Paper No. 11-08. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1750302>>. Último acesso em 28/06/2015.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; BITTENCOURT, Izabella Luiza Alonso. **Abuso de Poder de Mercado e Mercado Relevante na Nova Economia: Uma Reflexão a Partir do Caso Google**. In: CONPEDI/UNICURITIBA (Org.). Direito Econômico. CLARK, Giovani; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; OPUSZKA, Paulo Ricardo (Coord.). p. 108-122. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 24, no. 1, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=1577556> Último acesso em 08/06/2015.

POSNER, Richard A. Antitrust in the New Economy. **Olin Working Paper No. 106**. University of Chicago Law & Economics, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=249316>>. Último acesso em 08/06/2015.

THIERER, Adam. Of 'Tech Titans' and Schumpeter's Vision. **Forbes**. 2011. Disponível em <<http://www.forbes.com/sites/adamthierer/2011/08/22/of-tech-titans-and-schumpeters-vision>>. Último acesso em 26/06/2015.

A ECONOMIA E A POLÍTICA DA NEUTRALIDADE DE REDE E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DO ZERO-RATING NO BRASIL

*Leandro Novais e Silva*²

*Pablo Leurquin*³

*André Belfort*⁴

INTRODUÇÃO

A ideia de neutralidade de rede, conforme disposto no Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014) redimensiona a relação entre os usuários, as operadoras de telecomunicação e as prestadoras de conteúdo. Esse conceito é entendido como um princípio de arquitetura de rede, que tem como base o tratamento equânime de toda informação que trafega pela rede⁵. Sendo assim, a neutralidade de rede influi diretamente na dinâmica do mercado, distribuindo custos e estabelecendo uma estrutura de recompensas que pode incentivar ou desincentivar os agentes a investirem no desenvolvimento da infraestrutura de rede ou de novos aplicativos e conteúdo. Além disso, impacta na qualidade percebida pelo consumidor final – destinatário do serviço de acesso à internet. Diante disso, o objetivo do presente trabalho é analisar

-
- 2 Mestre (2002/2003) e Doutor (2004/2007) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. É também Professor Adjunto de Direito Econômico na FDUFG, vinculado ao Departamento de Direito Público. É ainda pesquisador associado do NECTAR – Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (ITA).
 - 3 Doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, com bolsa do CNPq. Doutorando em Direito Internacional e Europeu na *Université Paris I, Panthéon-Sorbonne*. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, financiado pelo CNPq. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFG. E-mail: pabloleurquin@yahoo.com.br
 - 4 Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais - Brasil. Especialista em Propriedade Intelectual e Inovação pelo CEAJUFE / Universidade de Itaúna - Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - Brasil. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFG - Brasil. E-mail: andrecebelfort@gmail.com
 - 5 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro. **Relatório de políticas de internet: Brasil 2011**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. p. 37.

quais são os potenciais impactos da neutralidade de rede nos modelos de negócio e sua relação com as normas de defesa da concorrência no Brasil.

Dada a própria natureza do tema em questão, para atingir o escopo da pesquisa é necessária uma abordagem de caráter interdisciplinar, envolvendo Direito e Economia para compreender as consequências das normas jurídicas em evidência. Importa ressaltar que não há pretensão em exaurir a temática no presente trabalho, mas apenas levantar algumas polêmicas e oferecer reflexões preliminares que possam colaborar no direcionamento de uma agenda de pesquisa sobre o assunto. Nesse sentido, o capítulo divide-se em três seções.

A primeira seção será destinada a debater a natureza econômica da neutralidade de rede. Diante disso, frisa-se que, dentre as suas possíveis gradações podem-se destacar duas, a “radical” e a “flexível”. A “radical” relaciona-se com a impossibilidade das redes de telecomunicações que suportam o tráfego de Internet adotarem uma política de gestão de tráfego que impliquem na cobrança dos provedores de conteúdo e de aplicativos de acordo com o volume de tráfego de seus dados. A partir dessa perspectiva também não existe a possibilidade deles pactuarem qualquer discriminação de preço ou de qualidade entre os provedores. A “flexível”, por sua vez, é uma interpretação que permite uma política de gestão de tráfego de maneira a vedar apenas discriminação de preços que não gerassem eficiências econômicas⁶.

No intuito de problematizar a opção do Legislador quanto à extensão exata da neutralidade de rede, que será posteriormente elucidada, serão explorados os aspectos positivos e negativos dessas duas possibilidades. Esse questionamento parte da investigação sobre qual é o grau de escassez da rede e decorre da necessidade de entender para quem deve ser repassado o custo da

⁶ Ver FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, Vol. 24, 2013. p. 237.

manutenção do crescimento da rede⁷. Em apertadíssima síntese, uma perspectiva mais “radical” teoricamente acaba por privilegiar o setor de conteúdo e aplicativos, em especial, a concorrência na inovação, uma vez que esse setor não arcaria com os custos de expansão da rede. Por outro lado, a perspectiva mais “flexível” permite uma maior modalização dos custos com o crescimento da rede, o que acaba diluindo os custos entre os provedores e as empresas de conteúdo e aplicativos, criando uma situação propícia para a inovação, inclusive em modelos de negócio, por parte das operadoras de telecomunicações e proprietários da infraestrutura da rede.

Na segunda seção desse trabalho serão explorados os pormenores da opção do Legislador quanto à neutralidade de rede, que está disposta no art. 9º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. O objetivo nesse momento é tentar dimensionar, no plano normativo, a intenção do Legislador e verificar como esse princípio interage com as normas concorrenciais dispostas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Para ilustrar as disputas e tentar aduzir melhor o conteúdo do referido princípio, foram expostos alguns discursos do debate entre os deputados, bem como algumas mudanças no projeto de Lei, que podem auxiliar para entender melhor os interesses envolvidos na questão em evidência.

Por fim, na terceira seção, a partir dos impactos econômicos da opção do Legislador, serão analisados os desdobramentos concorrenciais dos acordos denominados *zero-rating*, por meio do qual o uso de dados por certos aplicativos ou serviços não seria taxado por parte das operadoras de telecomunicações. Serão considerados os acordos específicos firmados entre quatro das principais operadoras de acesso à internet móvel no Brasil com diversos prestadores de conteúdo, especificamente de redes sociais^{<?>}, bem como a evolução desses acordos ao longo do tempo, de maneira a verificar a possibilidade ou não de enquadramento dessa conduta como infração à ordem econômica.

7 Sobre o assunto ver IPEA. **Comunicado nº 46**: Análise e recomendações para as políticas públicas de massificação de acesso à internet em banda larga. Brasília, 2010 e IPEA. **Radar nº 30**: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior. Brasília, 2013.

A ECONOMIA DA NEUTRALIDADE DE REDE

O MERCADO DE DOIS LADOS: COMO GARANTIR A INOVAÇÃO NAS DUAS PONTAS?

Há inúmeros aceções ou sentidos para a ideia de neutralidade de rede. A mais corrente está vinculada à ideia de arquitetura da rede. Ou seja, de como a rede mundial de computadores é desenhada. A inexistência de controle central na formação e na origem da rede e que, ainda que incrivelmente ampliada, se mantém até hoje. E que, portanto, garante um livre tráfego de dados nas duas pontas da arquitetura, entre os provedores de conteúdo e aplicativos e usuários⁸.

Nesse sentido, estruturar e manter a rede neutra é garantir e fazer preservar a liberdade de encontro entre as duas pontas. Consiste, no mais das vezes, não criar obstáculos, modulações, restrições de conteúdo ou de acesso, além de não permitir discriminação entre o gigantesco número de participantes.

De toda forma, no debate sobre a neutralidade, aqui no Brasil e fora também (com ênfase para os Estados Unidos e Europa), há posições que oscilam em um espectro relativamente extenso, como se verá no ponto 2.3. Desde a neutralidade radical, sem espaço para qualquer espécie de restrição ou discriminação, passando por figuras mais flexíveis, admitindo algum arranjo negocial e de cobrança, até estruturas praticamente não-neutras, no qual se permitiria múltiplas alternativas de acesso e cobrança no uso da rede.

Só para realçar, o debate acadêmico mais interessante foi travado⁹ – e ainda é – pelos professores Tim Wu, da Universidade Columbia, percussor da ideia

8 Para outros sentidos ver RAMOS, Marcelo de. Neutralidade de redes: o futuro da internet e o mix institucional. SEAE/MF. **Documento de Trabalho**, 41. Dezembro, 2006.

9 O documento mais interessante do debate é WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the internet neutral?: **Tim Wu and Christopher Yoo debate**. 2007

de neutralidade (ao menos, cunhou a expressão tal qual adotamos atualmente)¹⁰, forte em uma posição mais radical, e Christopher Yoo, hoje professor da Universidade da Pensilvânia, defensor de modelos mais flexíveis de neutralidade¹¹. Eles, por assim dizer, capitaneiam os dois grupos principais no debate sobre a neutralidade¹².

Isto do ponto de vista acadêmico, sem nos esquecer – naturalmente – os grupos de interesse que debatem e fazem pressão para a regulação mais ou menos intensa da neutralidade, os provedores de conteúdo e aplicativos, os provedores de acesso e os usuários. Tendo em conta que os grupos nem sempre são coesos e harmônicos naquilo que defendem.

No estrondoso debate sobre o tema, uma ideia intermediária da neutralidade é a linha que os autores do trabalho adotam. Como se verá ao longo do capítulo, algumas válvulas de escape, inclusive interpretativas do Marco Civil, serão pensadas e discutidas, em especial tendo em conta a economia que sustenta a neutralidade de rede.

Um primeiro aspecto a ser realçado pela economia da rede¹³, que pode afetar a neutralidade, é que estamos diante de um mercado de dois lados. A literatura econômica afirma que um mercado de dois lados é aquele que se desenvolve economicamente distribuindo seus custos (ou gerando receita) de dois espectros de participantes, no qual uma figura central consegue se remunerar.

10 Ver WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. **Journal of Telecommunications and high Technology law**, v. 2, p. 141, 2003.

11 Ver YOO, Christopher. **Beyond Network Neutrality**. 19 Harv. J.L. Tech. 1, 2005.

12 Entre os defensores da neutralidade flexível é importante a referência ao grupo de pesquisadores do **Phoenix Center for Advanced Legal & Economic Public Policies Studies** e ao Prof. Robert Hahn do **AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies**. Entre os defensores da neutralidade radical estão os célebres nomes ligados ao nascimento da Internet, como Vincent Cerf e Tim Berners-Lee, e acadêmicos como Lawrence Lessig, Professor na **Stanford Law School**.

13 Para uma visão ampla da economia de neutralidade de rede, veja ECONOMIDES, N.; HERMALIN, B. The Economics of Network Neutrality. **RAND Journal of Economics**, 2012.

O caso clássico tratado na literatura é o mercado de cartão de crédito, no qual o administrador do sistema tanto se remunera com a captura de taxas cobradas do lado dos lojistas (no credenciamento de quem vende), como no lado dos usuários no pagamento de anuidade ou no pagamento parcelado de juros na fatura (na atividade de fornecimento do cartão).

De toda a forma, um mercado de dois lados tem um arranjo que vincula necessariamente as duas pontas, em algum momento como demandantes e ofertantes simultâneos, o que os diferencia de um mercado tradicional. Só há valor para um lado do mercado se o outro também cresce e se expande. Um é espelho do outro. No caso do cartão de crédito isto é muito evidente: quanto maior o número de lojas credenciadas, maior é a oportunidade de compra para os usuários; quanto maior o número de afiliados de uma determinada bandeira, maiores são as possibilidades de venda para os lojistas. O arranjo é sempre pensado para o desenvolvimento conjunto dos dois lados.

Replicada tal ideia na economia da Internet constata-se que lidamos realmente com um mercado de dois lados¹⁴. Uma grande praça central de encontro entre usuários e provedores de conteúdo que é feita pelos provedores de acesso. Ou seja, a estrutura (e ampliação) da rede proporcionada pelos provedores de acesso, criando a conexão entre usuários, de um lado, e provedores de conteúdo, de outro.

O que nos permite afirmar que:

(i) o brutal valor da rede demanda o crescimento (e contínuo) dos dois lados do mercado. Além da própria inovação. Usuários tiram maior valor e tem melhor experiência quanto maior for o número de provedores de conteúdo (além do próprio contato entre usuários, óbvio). E os provedores de conteúdo obtêm mais valor quanto maior for o número de usuários do seu aplicativo; e

¹⁴ Nessa linha ver FAGUNDES, Jorge; MATTOS, Cesar; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Op. cit.

(ii) que os provedores de acesso podem se remunerar dos dois lados da rede. Cobrar dos usuários pelo acesso, como normalmente se faz. E igualmente podem cobrar – ou estabelecer modelos de negócio remunerados – dos provedores de conteúdo. Aqui a ideia de distribuir e subsidiar custos de manutenção e ampliação da rede.

E mais: o arranjo do mercado de dois lados na rede potencializa os efeitos de inovação. Em especial por favorecer o crescimento dos dois lados simultaneamente. E possibilitar a inovação – com destaque para os provedores de conteúdo – com custo relativamente baixo. E a neutralidade constitui a base do arranjo.

Ocorre, no entanto, e esta é a nossa primeira ideia da economia da neutralidade, que a rede necessita naturalmente de recursos para manutenção e ampliação. Ela não vem sem custos. E também não é neutra quanto aos custos. E o entendimento da rede como mercado de dois lados pode favorecer desenhos que contribuam para a sua expansão, com alguma flexibilização da ideia de neutralidade como se verá adiante.

O CONGESTIONAMENTO NO USO DA REDE: UMA TRAGÉDIA DOS COMUNS

A segunda ideia de economia da neutralidade de rede se vincula com a ideia de uma economia do congestionamento¹⁵. Ou seja, há significativos custos de expansão da rede. Ao se levar em consideração que a estrutura e ampliação da rede não é dada necessariamente pelo Estado¹⁶, a rede é custeada pelos atores privados e pelos imensos grupos que dela participam.

¹⁵ Ver Yoo, Christopher S. Network neutrality and the economics of congestion. *Georgetown Law Journal*, v. 94, p. 05-28, 2006.

¹⁶ É possível pensar em um arranjo da estrutura da rede mantido pelo Estado. Uma coordenação global, no entanto, seria muito difícil para organizar investimentos. A obra trabalha com a ideia de que a estrutura e expansão da rede é nitidamente privada, que é a forma como se organizam quase todos os provedores de acesso, de banda larga fixa ou móvel.

Daí decorre que o brutal crescimento da rede – em número de participantes – gerou distorções de como alguns utilizam e demandam a estrutura da rede. Em particular, isto ocorre com os pesos-pesados provedores de conteúdo, como o Google, as redes sociais como o Twitter e o Facebook, e os inúmeros aplicativos de vídeo e voz, com destaque para o Youtube, Netflix e Spotify, por exemplo.

Todos esses provedores de conteúdo e aplicativos inovaram, com o acesso livre e neutro pela rede, e foram muito exitosos nas plataformas que idealizaram. Não se cuida de perseguir a inovação nesse sentido. Pelo contrário. A disseminação da inovação foi potencializada pelo mercado de dois lados e o arranjo neutro de funcionamento da rede. Este é o ambiente que se persegue. Mas hoje há problemas decorrentes deste vertiginoso crescimento.

Ocorre que com um uso intenso da rede por plataformas que demandam crescente espaço para trafegar seus dados – cada vez em maior volume – já é não mais intuitivo – é empírico – que a sua expansão tem dificuldades de acompanhar, com nível igualmente crescente de qualidade, o volume de dados que deve suportar.

Isto pode e deve se traduzir por gargalos de funcionamento, o que diminui o valor da rede e a experiência do usuário. No limite, se enfrentássemos um congestionamento significativo – o que não seria impensável – estaríamos diante da figura clássica da economia da tragédia dos comuns. Isto é, a utilização tão intensa de um recurso – na origem não escasso, mas que se torna limitado – que, na proximidade do seu esgotamento (no nosso caso, congestionamento da rede), todos perderiam, como uma tragédia coletiva.

Nessa linha – tomando o argumento do congestionamento como plausível, o que nos parece bem razoável – é indispensável pensar em uma forma de minorar os eventuais gargalos no uso da rede. A solução nos parece ser exatamente o arranjo do mercado de dois lados, de forma a permitir a redistribuição dos custos de manutenção e ampliação da rede.

A cobrança corrente recai sobre os usuários da rede, por meio dos provedores de acesso. Ainda que a cobrança diferenciada seja restrita – o que já provoca algum subsídio cruzado entre usuários, mas que é legítima do ponto de vista do acesso –, remunera-se a infraestrutura, via de regra, com valores específicos de acordo com a velocidade de acesso (no caso da banda larga fixa) e de acordo com a quantidade de dados franqueados (no caso do acesso móvel). Há ainda alguma espécie de subsídio cruzado nas próprias redes de acesso móvel como, por exemplo, o serviço de voz bancando parte da infraestrutura de dados. A convergência tecnológica também permite ganhos cruzados que permitem bancar a infraestrutura da rede.

No entanto, no caso dos provedores de conteúdo – que utilizam intensamente a rede – embora exista alguma cobrança por tráfego, a literatura econômica salienta que o custo marginal para o grupo é praticamente zero¹⁷. No mercado de dois lados, somente um lado arca concretamente com os custos da rede. Os provedores de conteúdo, demandando tráfego crescente, arcam com valores residuais para a rede, na sua proporção.

Dessa forma, são incentivados a utilizar ainda mais a rede, na linha da tragédia dos comuns. Quando o sistema de preços não funciona adequadamente, não sinalizando o real custo do uso da infraestrutura, abre-se a possibilidade para a utilização superdimensionada. Além disso, a estrutura de incentivos¹⁸ também não funciona adequadamente para impulsionar inovações tecnológicas de, por exemplo, empacotamento de dados, de forma a desafogar a rede. Como a infraestrutura não possui dono (neutralidade aqui como dispersão da propriedade), os incentivos são fracos para inovação tecnológica, que acaba ocorrendo somente em situações específicas e extremas.

¹⁷ Ver FAGUNDES, Jorge; MATTOS, Cesar; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Op. cit.

¹⁸ Para uma análise da estrutura de incentivos na rede ver CHOI, J.; KIM, B. C. Net Neutrality and Investment Incentives. **RAND Journal of Economics**, v. 41, n. 3, 2010.

Na combinação desses elementos da economia de rede, os autores endereçam a provocação de se investigar eventuais modelos de cobrança, de remuneração, que incidam, com igual peso, no lado do mercado dos provedores de conteúdo. Sabe-se que repensar a rede nessa linha tem efeitos colaterais. Pode-se inibir a inovação do lado da criação de novos conteúdos e aplicativos. Talvez a cobrança aqui constitua uma barreira à entrada, antes inexistente. Talvez redunde em problemas concorrenciais, em razão de condutas verticais de fechamento do mercado. Pode-se pensar ainda que a remuneração extra dos provedores de acesso não redunde em aplicação na infraestrutura, mas simplesmente em aumento da rentabilidade.

O capítulo, no entanto, trabalha com a ideia de que os eventuais custos desse novo arranjo mais do que são compensados pelos ganhos de manutenção e ampliação da rede (com a redução dos prejuízos decorrentes do congestionamento). Mas, para isso, a visão de neutralidade deve ser repensada.

A VISÃO RADICAL E A VISÃO FLEXÍVEL DA NEUTRALIDADE DE REDE: A EFICIÊNCIA E A EQUIDADE NO USO DA REDE

Uma visão radical da neutralidade de rede, pelo que se apreende, não permitiria qualquer espécie de discriminação ou de cobrança alternativa, mesmo no lado dos provedores de conteúdo¹⁹. Há assim uma validação do *status quo* de funcionamento da rede, quase que um apego à forma de funcionamento original da rede. Embora muito exitoso até agora, tal arranjo proporciona distorções, com a economia da rede tem evidenciado.

Em outro extremo, seriam permitidos inúmeros arranjos de cobrança, não só para os provedores de conteúdo, mas também para os usuários. Seria possível

¹⁹ Ver, nessa linha, os seguintes trabalhos: VAN SCHEWICK, B. Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. **Journal on Telecommunications and High Technology Law**, v. 5, 2007 e VAN SCHEWICK, B. Network Neutrality: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like. Stanford Law and Economics **Olin Working Paper** No. 402, 2010.

inclusive a diferenciação de pacotes de acesso, mais restritos ou mais amplos. O capítulo não endossa tal alternativa, por óbvio. O próprio Marco Civil da Internet, ao regular a neutralidade, afastou completamente tal alternativa. As críticas aqui são severas, com a possibilidade de “balcanização” da internet, criando classes de acesso, a internet *premium* e a internet básica, por exemplo, tal como na TV por assinatura.

No entanto, é possível antever uma neutralidade flexível que, em determinadas circunstâncias, permita modelos de negócio alternativos e/ou cobranças dos provedores de conteúdo pelos provedores de acesso. O caso *zero-rating* seria exatamente uma dessas alternativas. O trabalho envereda por essa hipótese.

Não se quer antecipar aqui se tal alternativa pode resultar legítima ou não. O propósito do trabalho é muito mais pensar em uma forma de interpretação da neutralidade, tal como posta no Marco Civil da Internet, o que inclui o decreto regulamentador. E, na linha de uma neutralidade flexível, de um arranjo mais aberto, endereçar eventuais modelos de negócio para serem analisados pela disciplina concorrencial ao invés de caracterizá-los, de pronto, como ofensivos à ideia de neutralidade de rede. É o que se verá nas próximas seções.

OS CONTORNOS NORMATIVOS CONCORRENCIAIS DA NEUTRALIDADE DE REDE NO MARCO CIVIL DA INTERNET

OS DEBATES LEGISLATIVOS QUANTO À NEUTRALIDADE DE REDE

As primeiras manifestações legislativas brasileiras na tentativa de regular a utilização da Internet estavam relacionadas especialmente à criminalização de determinadas condutas dos usuários. Isso pode ser verificado desde o início da década de 1990 com o Projeto de Lei do Senado nº 152 de 21 de maio de 1991, sobre o uso indevido do computador, até a tramitação do Projeto de Lei

nº 84 de 1999, conhecido por A1-5 Digital, que versava sobre os cibercrimes²⁰. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, por sua vez, tem como objetivo estabelecer um marco regulatório civil, com a finalidade de fixar regras claras que permitam segurança, previsibilidade e inovação nas iniciativas feitas na rede²¹.

Esse deslocamento do tratamento legislativo gera desdobramentos em diversas outras áreas, como no Direito Concorrencial, que é o foco do presente trabalho. Nesse sentido, um desafio que se coloca ao pesquisador em Direito é investigar o contorno jurídico da neutralidade de rede, levando-se em consideração as reflexões já exploradas sobre suas possíveis gradações, radical e flexível. Para iniciar essa discussão, busca-se evidenciar a disputa entre os congressistas que apoiavam o Projeto de Lei 2.126/2011, tal qual defendido pelos deputados governistas, e os seus opositores. A pretensão é compreender melhor a decisão política do Legislador sobre o assunto a partir dos interesses que se revelam no enfrentamento entre os congressistas²².

A primeira figura que toma relevância na discussão é o Deputado Federal Alessandro Molon do PT-RJ, que foi o relator do projeto de Lei e representa

20 O referido Projeto de Lei foi transformado em Lei Ordinária nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Para explorar melhor o histórico de projetos de lei sobre o uso da internet ver: SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. **O direito achado na rede: a emergência do acesso à Internet como direito fundamental no Brasil**. 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

21 “Para inovar, um país precisa ter regras civis claras, que permitam segurança e previsibilidade nas iniciativas feitas na rede (como investimentos, empresas, arquivos, bancos de dados, serviços etc.). As regras penais devem ser criadas a partir da experiência das regras civis. Isso de cara eleva o custo de investimento no setor e desestimula a criação de iniciativas privadas, públicas e empresariais na área”. LEMOS, Ronaldo. **Internet Brasileira Precisa de Marco Regulatório Civil**. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em 15 de julho de 2012.

22 Destaca-se que a apresentação dos discursos dos Deputados não obedece uma regra cronológica. A opção foi de privilegiar a síntese dos principais argumentos para mostrar os desdobramentos mais polêmicos da neutralidade de rede, de maneira a facilitar a compreensão do leitor na interpretação das disputas em questão.

com fidelidade os interesses do governo²³. No dia 19 de setembro de 2012, em discurso na Câmara dos Deputados, ele afirmou que os três principais pilares do Marco Civil da Internet são: a proteção ao usuário, a garantia de liberdade de expressão e a neutralidade de rede. Sobre esse último, asseverou que se trata da exigência do tratamento isonômico e igualitário dos dados que trafegam na Internet, de maneira que não haja discriminação, privilégio ou prejuízo para qualquer pacote de dados, independente da origem, conteúdo ou destino. Segundo o mesmo, a garantia da neutralidade de rede protege a escolha do usuário e garante a livre concorrência no Brasil, pois, ao proteger a inovação, não haveria favorecimento de empresas específicas.

Ele vai além e chega a criticar a posição dos provedores de conexão, que estaria baseada apenas no potencial ganho advindo da não-neutralidade²⁴.

O Deputado Alessandro Molon, no discurso citado, reafirma que a neutralidade de rede foi tema que despertou a atenção dos provedores de conexão durante o processo legislativo. As teles tiveram seus interesses representados por outros congressistas, como é o caso do Deputado Federal Jutahy Junior do PSDB-BA, que em discurso proferido no dia 15 de abril de 2013, argumentou que o crescimento da quantidade de telefones celulares no Brasil engloba uma diversidade de perfis de usuários e que a neutralidade de rede acabaria inviabilizando qualquer modulação nos contratos com servidores de internet²⁵.

O argumento central do Deputado Federal Jutahy Junior é que a neutralidade

23 Cumpre ressaltar que o então projeto de Lei teve autoria do Poder Executivo e, com fundamento no art. 64 da Constituição da República, ao mesmo foi solicitado o caráter de urgência para a sua apreciação. Esse tratamento evidencia a atenção especial do Governo Federal nesse projeto de Lei, o que acaba acirrando a disputa sobre os seus pontos mais polêmicos, sendo a neutralidade de rede um dos aspectos mais controvertidos.

24 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília**, Sessão 255.2.54.O, 19 out. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/UmFTGe>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Federal Alessandro Molon (PT-RJ).

25 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília**, Sessão 069.3.54.O, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/r4WQ6P>>. Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Jutahy Junior (PSDB-BA).

de rede impede que as provedoras de conexão façam contratos mais caros com os que consomem mais, o que acabaria aumentando de “maneira descomunal” o custo da infraestrutura, que é arcada pelas provedoras. Nesse mesmo sentido argumenta o Deputado Federal Ricardo Izar do PSD-SP: “[a neutralidade de rede] vai beneficiar o quê? As provedoras de rede vão ter que oferecer produtos mais caros. É como se, na linha de carros, a gente tivesse somente os carros de luxo, não mais houvesse carro popular²⁶”.

Diante disso, no plano do discurso, a oposição acabou representando os interesses das provedoras de conexão, enquanto que a base aliada e alguns outros deputados argumentaram ser a favor dos internautas. Entretanto, uma constatação importante a se fazer é que ao defender os interesses das prestadoras de conteúdo, também está se beneficiando grandes plataformas como Google, Facebook, Netflix, entre outras, afinal de contas, elas também serão privilegiadas pelo não repasse dos custos com a manutenção e expansão da rede. Essa seletividade na argumentação pode ser observada no discurso do Deputado Federal Edinho Bez do PMDB-SC, no dia 14 de novembro de 2012, que ao criticar o adiamento da votação do Marco Civil da Internet, afirmou que esse adiamento seria fruto das pressões exercidas pelos provedores de conexão²⁷.

O referido deputado reforça que o repasse ou não dos custos de ampliar a infraestrutura da rede é uma das principais questões em jogo no debate sobre a neutralidade. Diante disso, essa dimensão da questão deve ser levada em consideração na interpretação da decisão política tomada pelo Legislador, pois tem impactos diretos no Direito Concorrencial.

Ao tratar do assunto, o Deputado Federal Ivan Valente do PSOL-SP retoma a reflexão sobre os interesses das empresas de telefonia, em especial a

²⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão: 295.2.54.O, 21 nov 2012 Disponível em: <<http://goo.gl/zWm6Mq>>. Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ricardo Izar (PSD-SP).

²⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão: 308.2.54.O, 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/ZgkEJB>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Edinho Bez (PMBD-SC).

preocupação delas com o uso do Skype. De acordo com o mesmo, a neutralidade de rede é uma ameaça às teles, uma vez que garantem uma forma do usuário não arcar com os custos de uma cobrança por telefone. Além disso, o referido deputado endossou a preocupação exposta no relatório da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda com os custos de entrada de novos produtores de conteúdo, já que haveria a possibilidade de cobrar duplamente pelo tráfego de dados. Outro ponto levantado pelo deputado do PSOL foi com a futura regulamentação das exceções à neutralidade de rede, que hoje está prevista no art. 9º da Lei²⁸.

A preocupação do Deputado Federal Ivan Valente vincula-se à discussão sobre quem seria competente para regulamentar as exceções à neutralidade de rede. É importante frisar a sua constatação sobre a descrença do congressista na relação entre a ANATEL e o setor regulado²⁹. Todavia, depois de aprovada, em seu art. 9, § 1º, a Lei dispõe que o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações serão ouvidos, mas a regulamentação será feita pelo Presidente da República.

A partir dos debates expostos e dos argumentos defendidos pelos dois blocos de deputados, percebe-se que dois interesses estão em choque, o das prestadoras de conteúdo e o das teles. O ponto central da polêmica durante os debates legislativos era saber quem deveria arcar com os custos com a expansão da rede, tendo a consciência que a decisão causaria impactos na inovação de conteúdo. A partir disso, passa-se para a análise de como deve ser interpretada a neutralidade de rede tal qual é disposta no texto legal e qual o seu real impacto no Direito Concorrencial.

28 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão 316.2.54.O, 21 nov. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/7sw5mB>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ivan Valente (PSOL-SP).

29 Essa descrença pode ser tomada como sinônimo de possível captura, para ficar em melhor consonância com as teorias da regulação econômica. Ver mais em: POSNER, Richard. PRADO, Mariana Mota (trad.). Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; Coutinho, Diogo R.; Oliva, Rafael (orgs.). **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

A NEUTRALIDADE DE REDE ENQUANTO NORMA DE DIREITO CONCORRENCIAL

O debate exposto entre os congressistas de certa maneira resgata uma questão que precede o processo legislativo ocorrido no Brasil com o Marco Civil da Internet. A discussão travada entre eles envolve os custos com a infraestrutura e a inovação no setor, ou seja, a reflexão que serve de pano de fundo é: onde está a inteligência das redes? Em outras palavras, qual a arquitetura da rede que aloca os custos de ampliação e manutenção da rede de maneira a permitir inovações que explorem o potencial criativo da internet?

De acordo com Barbara van Schewick, a internet original era baseada no princípio *end-to-end*, segundo o qual a rede foi desenhada para poder suportar uma grande variedade de aplicativos, de maneira que ela não precise ser mudada quando um novo programa é inventado. O resultado é que o agente inovador, que está na ponta, não tem necessidade de convencer o provedor que aquele produto é suficientemente lucrativo para ser disponibilizado na rede. O desdobramento disso seria a redução nos custos para inovações de conteúdo³⁰.

Houve, entretanto, um processo de fortalecimento dos provedores da rede com a viabilidade deles visualizarem quais aplicações que trafegavam nas redes, de maneira a permitir a possibilidade de interferência na liberdade dos aplicativos³¹. Com o controle do que os usuários acessam, esse redimensionamento da gestão da rede levou a um desvio da compreensão original da internet. Nesse contexto, a neutralidade de rede é uma tentativa de restaurar essa perspectiva inicial de que a inteligência da internet está nas pontas, ou seja, de que a arquitetura da rede deve privilegiar a inovação dos servidores de

30 VAN SCHEWICK, Barbara. **Opening Statement at the Federal Communications Commission's Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet**. Cambridge/MA, 13 jan. 2010. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2015. p.4

31 LILLA, Paulo Eduardo. Marco civil da internet e a regulamentação da neutralidade de rede. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,ML205139,51045-Marco+civil+d+a+internet+e+a+regulamentacao+da+neutralidade+de+rede>>. Acesso em: 24 jun. 2015. p. 1.

conteúdo. Nesse sentido, o fato do debate público e legislativo colocar a neutralidade como temática central do Marco Civil da Internet revela uma preocupação com o poder de mercado dos sujeitos envolvidos, em especial das provedoras, o que se desdobra conseqüentemente em questões concorrenciais.

Diante disso, na medida em que a utilização da rede ou mesmo um modelo de negócio tem potencialidade de prejudicar algum competidor ou privilegiar, de maneira abusiva, determinado provedor de conteúdo, existe possibilidade jurídica para discutir a aplicação de normas de Direito da Concorrência³². Portanto, o Legislador, ao estabelecer a neutralidade de rede, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamentos do uso da internet do Brasil, reforça a viabilidade de aplicação das normas que versam sobre infrações à ordem econômica dispostas na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Isso posto, parte-se para entender os contornos jurídicos da neutralidade de rede, tal qual está disposta no texto legal³³. Para isso, importa destacar que os substitutivos apresentados pelo então relator do Marco Civil da Internet abrem importante discussão sobre a finalidade dessa norma. Isso porque a proposta do relator, que foi transformada em lei, pode ser interpretada como

32 Importa frisar que a preocupação da defesa da concorrência é com o ambiente competitivo e não com o competidor. RAGAZZO, Carlos Joppert. Notas introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 10, 2006. P - 86.

33 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. § 10 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.

§ 20 Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 10, 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.

uma mitigação do conceito radical que era adotado no projeto inicial. De acordo com Cláudio Nazareno, as versões anteriores do então projeto de lei só permitiam a interferência no tráfego para resolver problemas técnicos e priorizar tráfego de serviços de emergência. Dessa maneira, elas não possibilitavam a otimização da rede e criação de novos negócios para as provedoras de conexão, como a priorização de determinados parceiros, por exemplo³⁴.

Entretanto, a atual redação indica que a “degradação da rede” poderá dar suporte a serviços de emergência e para atender “requisitos técnicos indispensáveis à *prestação adequada do serviço*”. Além disso, ressalta-se que o relator propôs acréscimo do art. 3º, VIII, que explicita a “liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei” como princípio do uso da internet³⁵. Nesse sentido, concordar com a ótica de Cláudio Nazareno, é entender que a legislação do modo que está posta hoje possibilita a oferta de pacotes diferenciados pelas empresas de telefonia, como é o caso de planos de acesso ilimitado a redes sociais ou determinados conteúdos audiovisuais³⁶.

Entretanto, apesar da possibilidade de abertura criada pela inclusão do art. 3º, VIII, oriundo de uma negociação com as teles para a aprovação do então projeto de Lei, acredita-se que essa liberdade não está de acordo com a inteligência do Legislador, ao analisar o Marco Civil como um todo. Mais do que isso, os próprios debates legislativos esclarecem os interesses que estavam em disputa e a aprovação do Marco Civil da Internet reafirma uma decisão

³⁴ NAZARENO, Claudio. Op.cit., p. 7.

³⁵ O comparativo entre o projeto inicial e a proposta do relator pode ser vista em: IDGNOW! **Molon torna públicas novas mudanças no Marco Civil para tentar votar já**. Disponível em: <<http://idgnow.com.br/blog/circuito/2013/12/11/molon-torna-publicas-novas-mudancas-no-texto-do-marco-civil/>> Acesso em: 24 jun. 2015.

³⁶ Todavia, o que parece ser unânime é que a neutralidade de rede não permite a restrição de tráfego por motivos concorrenciais como nas situações em que as empresas de telefonia restrinjam o tráfego de outras que oferecem telefonia pela internet. NAZARENO, Cláudio. **Nota técnica: Texto referencial acerca do Marco Civil da Internet para o “fique por dentro”**. Brasília: Consultoria Legislativa, 2014. p. 7

muito clara do Poder Legislativo: a neutralidade de rede deve ser vista na sua dimensão mais restritiva.

Diga-se de passagem, o próprio Deputado Alessandro Molon, depois de apresentar o substitutivo, afirmou que o art. 3º, VIII deve ser interpretado de acordo com a neutralidade de rede, o que necessariamente inviabilizaria esse tipo de liberdade das provedoras na hora de contratar. Inclusive, quando perguntado sobre a possibilidade de acordos OTTs (*over-the-top-content*), nos quais as empresas que exigem muita banda larga fazem acordos específicos com as teles, o Deputado chega a afirmar que esta espécie de acordo não seria possível, em face do critério da neutralidade³⁷.

Demi Getschko argumenta que se deve manter a interpretação da neutralidade de rede mais restritiva. Em consonância com a visão do Deputado Molon, ele afirma que as exceções devem ser estritamente técnicas, como por exemplo a discriminação de tráfego para: i) impedir ataques de negação de serviço, ou seja, quando um servidor é bombardeado por tentativas de computadores-robôs, os *bots*, com objetivo de filtrar ataques de origens fictícias; ou ii) não aceitar envio de mensagens eletrônicas pela porta 25, o que objetiva diminuir a quantidade de spams no Brasil³⁸.

Conforme já foi apontado, a neutralidade de rede vem como uma forma de tentar readequar a arquitetura da rede à intenção inicial da internet, qual seja, priorizar a inovação dos servidores de conteúdo – essa foi a decisão política tomada pelo Legislativo. Todavia, tendo em vista os apontamentos acerca da economia da neutralidade de rede, em especial, da ideia de mercado de dois lados, a impossibilidade de discriminar os provedores de conteúdo

37 ESTADÃO. **Não há como contornar o que está no Marco Civil**. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/e-impossivel-burlar-o-que-esta-no-marco-civil-diz-relator/>> Acesso em: 26 jun. 2015.

38 SOUZA, Antônio. Pontos como exceções à neutralidade e guarda de registro aguardam regulamentação. In: Publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Marco Civil modo de usar**. Ed. 08, ano 06, 2015. p. 6.

pode agravar problemas futuros no que tange à infraestrutura e problemas de congestionamento.

Sobre as questões concorrenciais em si, faz-se necessária a utilização da inteligência da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 para as eventuais investigações de infrações à ordem econômica. Em outras palavras, a neutralidade de rede por si só não supre a complexidade concorrencial do tema. Dessa forma, apesar de não ser objeto do presente trabalho, é importante pontuar um questionamento: esse marco legal realmente propicia o nascimento de novas empresas prestadoras de serviço de conteúdo ou é uma estrutura normativa que reforça o poder de mercado das grandes plataformas? Tentar resgatar o modelo original da internet sem levar em consideração o poder de mercado das prestadoras de conteúdo realmente vai garantir um ambiente sem barreiras à entrada para pequenos inovadores³⁹?

Cumpra frisar que existe a previsão legal para regulamento do Presidente da República que vai dispor sobre os “requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações” e “priorização de serviços de emergência⁴⁰”. O que se pode constatar é que existe uma nova investida das

39 Essa questão merece ser analisada conjuntamente ao polêmico acordo entre Governo Federal e o Facebook, que pretende ampliar a inclusão digital, com alguns acessos exclusivos a serviços prestados apenas pelo Facebook. Ver críticas em: G1. **Entidades entregam carta a Dilma com críticas a acordo com Facebook**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/04/entidades-entregam-carta-dilma-com-criticas-acordo-com-facebook.html>>. Acessado em: 24 jun. 2015.

40 O próprio Ministro das Comunicações, Ricardo Bezoini, afirmou que se deve buscar um modelo de negócios que viabilize a remuneração devida às empresas de telecomunicação. A preocupação dele é que as grandes produtoras de conteúdo não pagam pelo alto tráfego de dados gerados pelo seu serviço. E&N. ESTADÃO. **Operadoras querem contornar neutralidade de rede**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,operadoras-querem-contornar-neutralidade-de-rede-imp-,1689284>> Acesso em: 25 jun. 2015.

provedoras na tentativa de flexibilizar a neutralidade de rede, como se verifica na Consulta Pública nº 8/2015 realizada pela ANATEL⁴¹.

Não se sabe até que ponto poderá haver revisão da perspectiva mais restritiva da neutralidade de rede, mas uma coisa pode ser constatada: existe forte pressão das teles para que o quadro legislativo permita maior liberdade na hora de formular seus modelos de negócio. O que não é obrigatoriamente negativo para o desenvolvimento e ampliação da rede, isso se não houver discriminação dos usuários, mas tão somente entre provedores de conteúdo e as teles.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a neutralidade só permite solucionar as questões concorrenciais se for interpretada em conjunto com as normas da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, em especial no que tange às infrações à ordem econômica. Isso posto, passa-se para a análise dos acordos de *zero-rating* e seus possíveis impactos concorrenciais.

ACORDOS DE ZERO-RATING

DEFINIÇÃO E ESTADO ATUAL DO ZERO-RATING NO BRASIL

Após a análise da economia da neutralidade de rede e dos debates que fundamentaram as escolhas legislativas expostas no Marco Civil da Internet, optou-se por analisar os impactos dos acordos denominados *zero-rating*. Os acordos de *zero-rating* representam um modelo de negócio de substancial interesse

⁴¹ Importa lembrar da discussão que houve durante os debates legislativos sobre a possibilidade da ANATEL ser a responsável por regulamentar a questão. Em termos institucionais, a concepção das agências reguladoras baseia-se especialmente na capacidade desses órgãos exercer esse tipo de competência, que exige um conhecimento técnico muito específico e uma velocidade maior na hora de produzir determinadas normas. Entretanto, alguns deputados se mostraram descrentes com a autonomia da ANATEL, o que pode ser considerado como um motivo para essa opção do Legislador. Como já foi elucidado, na redação final, a ANATEL e o CGI serão ouvidos, mas o decreto será presidencial.

para o estudo da neutralidade de rede, além de apresentarem potenciais consequências a serem analisadas sob a luz do Direito da Concorrência.

Inicialmente, é necessário definir o conceito de *zero-rating*. Embora uma definição precisa possa ser problemática, pode-se destacar o recorte feito pela Anatel em sua proposta de consulta pública sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet⁴².

Para os efeitos deste trabalho, será considerada uma definição similar às definições sugeridas pela Anatel nos itens (i) e (iii) do Tema 3 da Consulta Pública: *zero-rating* é a prática por meio da qual uma operadora de telefonia móvel garante o acesso e fruição de certos aplicativos ou serviços sem que a transferência de dados envolvida neste acesso e fruição seja considerada para efeito de cobrança ou cálculo do consumo da franquia a que o usuário tem direito.

Para que se possa vislumbrar a relevância atualmente dedicada a acordos⁴³ de *zero-rating*, é possível fazer um breve quadro analítico destes acordos efetivamente realizados no Brasil. Para tanto, limitou-se a análise a quatro das principais operadoras de telefonia móvel do Brasil (TIM Brasil S.A. – “TIM”, Telemar Norte Leste S.A. – “Oi”, Telefonica Brasil S.A. – “Vivo”, e Claro Telecom Participações S.A. – “Claro”). Também optou-se por restringir o mercado analisado a acordos de *zero-rating* relativos a serviços de redes sociais, por meio de aplicativos ou de sites específicos para

42 AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. **Neutralidade de Rede – Proposta de Consulta Pública à Sociedade Sobre a Regulamentação Prevista no Marco Civil da Internet**. 2012. p. 25. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dialogo/file/download/157>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

43 As expressões “prática”, “acordo”, “política” e “contrato”, quando relativas a *zero-rating*, podem ter conotações diferentes. Entretanto, para os limites da discussão proposta no presente trabalho, estas expressões serão utilizadas com significado idêntico, referindo-se, sempre, à existência do *zero-rating* propriamente dito.

aparelhos móveis. Com isso, não se analisou a aplicação de *zero-rating* a demais serviços ou conteúdos⁴⁴.

Dentro dos limites metodológicos propostos, foi possível construir⁴⁵ o seguinte quadro analítico sobre a situação histórica e atual dos acordos de *zero-rating* no Brasil:

QUADRO ANALÍTICO DE ACORDOS DE ZERO-RATING			
OPERADORA	SITES ABARCADOS PELO ZERO-RATING	INÍCIO (EST.)	TÉRMINO
Vivo	Redes Sociais em geral	15/07/2010	31/03/2013
Claro	Facebook	02/08/2013	15/04/2015
Claro	Twitter	01/10/2013	n/a
TIM	Twitter	24/10/2013	n/a
TIM (Planos Controle)	Whatsapp	26/11/2014	n/a
Oi	Facebook e Twitter	12/01/2015	n/a

⁴⁴ Como, por exemplo, o acordo de *zero rating* firmado entre a TIM e o aplicativo Waze. Ver: VIEIRA, Douglas. Parceria entre TIM e Waze oferece navegação gratuita no aplicativo. **Tecmundo**, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/tim/53441-parceria-entre-tim-e-waze-oferece-navegacao-gratuita-no-aplicativo.htm>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

⁴⁵ Para o levantamento dos dados e datas informados no quadro, foram utilizados, principalmente, notícias de sites especializados acerca das políticas de *zero-rating*. Em alguns casos, datas precisaram ser aproximadas. A ausência de transparência sobre políticas de *zero-rating* – que podem ter características diferentes para cada operadora, bem como apresentar prazos de duração específicos, por exemplo – dificulta a consolidação de dados precisos. Entretanto, considerando as informações disponíveis, o quadro representa os principais casos históricos e a atual situação do *zero-rating* no Brasil. Para maiores detalhes, ver nota de rodapé nº 7.

TIM (Planos Pós-Pagos)	Whatsapp	24/02/2015	n/a
TIM (Planos Pré-Pagos)	Whatsapp	20/04/2015	n/a
Claro	Facebook, Twitter e Whatsapp	15/06/2015	n/a

Fonte: ver nota de rodapé nº 7.

O mínimo que se pode afirmar é que a licitude dos acordos de *zero-rating*, ao menos em relação à neutralidade de rede, está em discussão, como se verifica da proposta de consulta pública sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet proposta pela Anatel, que dedicou posição central ao debate sobre a legalidade de modelos de negócio – como o *zero-rating* – em face do princípio da neutralidade de rede⁴⁶.

Entretanto, para que se possa fazer uma análise mais adequada acerca do *zero-rating* é importante compreender, primeiro, o papel da economia do *zero-rating* dentro da economia da rede.

A ECONOMIA DO ZERO-RATING

Para se entender a economia do *zero-rating* é necessário tratar as duas espécies dessa prática de forma distinta: o acesso gratuito estabelecido unilateralmente por parte da operadora (que será denominado, nesse trabalho, de acesso gratuito), e o acesso patrocinado, em que o provedor de serviço ou conteúdo arca com o custo do acesso por parte dos usuários (que, por sua vez, passam a acessar aquele serviço / conteúdo de forma gratuita). Como não é possível conhecer, em detalhes, quais políticas de *zero-rating* são baseadas em

⁴⁶ ANATEL, Op. cit., p. 25-26.

acesso gratuito e quais são baseadas em acesso patrocinado, é fundamental analisar as duas possibilidades.

No caso do acesso gratuito, a operadora que toma a decisão de garantir o acesso gratuito (e, portanto, internaliza o custo desse acesso) pode fazê-lo, por exemplo, como meio de aumentar sua base de clientes. Tal análise poderia explicar, por exemplo, a ausência de políticas de *zero-rating* por parte da líder de mercado Vivo, que detém a liderança do mercado há pelo menos cinco anos, com atuais 29,24% de participação do mercado. Já as operadoras TIM e Claro – respectivamente segunda e terceira colocadas no mercado, com 26,49% e 25,20% – poderiam adotar estratégias de *zero-rating* mais agressivas para tentar alavancar sua posição no mercado. Entretanto, esse raciocínio não explicaria a posição conservadora da operadora Oi, quarta colocada no mercado com 17,79%, em relação ao *zero-rating*⁴⁷.

Alternativamente, pensar em *zero-rating* como acordos bilaterais patrocinados – acesso patrocinado – apresenta algumas consequências interessantes. Como já estabelecido anteriormente, a internet se comporta como um mercado de dois lados *sui generis* em que, excepcionalmente, apenas um dos lados (os usuários) arcam com o custo de manutenção e expansão da rede, por meio de assinaturas mensais. Nesse contexto, acordos de *zero-rating* da subsespécie acesso patrocinado podem representar uma forma de distribuição dos custos da rede, garantindo que o mercado se comporte como um mercado de dois lados tradicional, em que ambas pontas do mercado contribuem para a estrutura que utilizam. Há, inclusive, indícios de que as políticas de *zero-rating* costumam ser fruto de acordos de acesso patrocinado⁴⁸, embora não seja possível afirmar isso de forma taxativa, tendo em vista a pouca transparência desses acordos.

⁴⁷ Dados do mercado para maio de 2015. Ver TELECO – Inteligência em Telecomunicações. **Market Share das Operadoras de Celular no Brasil**. 25 jun. 2015. Disponível em <<http://www.teleco.com.br/mshare.asp>>. Acesso em 28 de junho de 2016.

⁴⁸ VENTURA, Felipe. TIM e Claro oferecem acesso grátis ao Twitter pelo celular **Gizmodo Brasil**. 24 out. 2013. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/tim-claro-twitter-gratis/>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

Os benefícios da adoção do *zero-rating* já vêm sendo percebidos por pelo menos um dos agentes, a TIM, que percebeu aumento no ARPU (*average revenue per user* – receita média por usuário) nos planos com acesso *zero-rating* ao Whatsapp. Mais do que isso, chama a atenção a preocupação com a capacidade de a rede suportar o aumento de tráfego decorrente do *zero-rating*⁴⁹. A partir dos dados apresentados pela operadora, pode-se perceber a existência de estímulos econômicos para a prática do *zero-rating*, que apresentou receita por usuário superior aos planos sem esse tipo de dado, tornando lucrativo o aumento prévio da estrutura da rede para suportar o consumo adicional de dados. A questão que deve ser levantada, porém, é que se o ARPU aumentou, então o mercado de dois lados, ao menos na modalidade acesso gratuito, poderia continuar sendo financiado por apenas um dos lados, ou de modo assimétrico.

Uma vez feita a análise preliminar sobre como o *zero-rating* poderia, em potencial, impactar a economia da rede, deve-se passar à análise inicialmente proposta: afinal, o *zero-rating* fere ou não a neutralidade de rede?

ZERO-RATING E NEUTRALIDADE DE REDE

Como visto acima, a adoção das políticas de *zero-rating* pode ser positiva: por meio do acesso gratuito, como estímulo pró-competitivo entre as operadoras de celular; ou por meio de acesso patrocinado, como forma de distribuição mais eficiente dos custos de manutenção e expansão da rede.

Demi Getschko, diretor-presidente do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC-BR, afirma que o modelo de internet móvel, assentado em uma franquia máxima mensal, apresenta características tais que legitimariam o *zero-rating* em face da neutralidade de rede, já que não haveria limitação de acesso a nenhum conteúdo, de modo que a franquia efetivamente percebida

⁴⁹ PRESCOTT, Roberta. TIM adianta que acesso gratuito ao WhatsApp tem data para acabar. **Convergência Digital**, 06 mai. 2015. Disponível em: <htm?infoid=39515&sid=8>. Acesso em 25 de junho de 2015.

pelo usuário seria maior do que a contratada. Entretanto, conclui que sua análise limita-se ao aspecto da neutralidade, reconhecendo a possibilidade de tratamento concorrencial do *zero-rating*⁵⁰, em que é acompanhado pela vice-presidente jurídica da Mozilla, empresa do mercado de *software*⁵¹.

A proposta que se verifica como a mais adequada, portanto, seria a de uma abordagem concorrencial clássica: ao invés de se proibir a conduta *a priori*, tendo em vista os potenciais benefícios da prática, a intervenção concorrencial *a posteriori*, quando em face de abusos, seria a mais eficiente, aumentando os benefícios sociais líquidos advindos da rede, e garantindo um certo grau de autonomia de gestão de rede e de modelos de negócio para os agentes responsáveis pela expansão e manutenção da rede.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se, com o presente trabalho, demonstrar que as diferentes graduações do conceito de neutralidade de rede podem ter impactos não triviais na economia da rede – e na sua viabilidade financeira – como um todo. Assim, uma preocupação excessivamente rígida com a neutralidade de rede poderia, paradoxalmente, significar a inviabilidade da manutenção e expansão da estrutura da rede, tendo em vista o potencial de congestionamento e a concentração do financiamento em apenas um dos lados do mercado.

Para isso, foi feita uma construção que partiu da análise da economia da rede de forma ampla, bem como das pressões políticas subjacentes aos debates legislativos. A partir dessas análises, esperou-se entender as forças participantes do mercado e suas influências na legislação, tendo em vista os diversos

50 GETSCHKO, Demi. O Marco Civil não é a cura de todos os males. **Blog Por Dentro da Rede – Estádio**, 08 fev. 2015. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/demi-getschko/o-marco-civil-nao-e-a-cura-de-todos-os-males/>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

51 POSSEBON, Daniel. Zero rating é uma questão concorrencial, não de neutralidade, diz Mozilla. **Mobiletime**, Barcelona, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.mobiletime.com.br/04/03/2015/zero-rating-e-uma-questao-concorrencial-nao-de-neutralidade-diz-mozilla/405983/news.aspx>>. Acesso em 27 de junho de 2015.

interesses dos grupos envolvidos, demonstrando que a noção de uma neutralidade de rede rígida pode ter mais impactos econômicos do que os inicialmente antecipados.

Por fim, a partir da análise dos casos de *zero-rating*, demonstrou-se que uma interpretação excessivamente rígida do conceito de neutralidade pode ter uma influência negativa na viabilidade financeira da rede, engessando as iniciativas de financiamento alternativo na expansão da rede, como as representadas por modelos inovadores de gestão de tráfego e distribuição de custos. Concluiu-se, por fim, que uma interpretação flexível de neutralidade não culmina, necessariamente, em menos segurança, tendo em vista a possibilidade de aplicação da legislação de Defesa da Concorrência nos casos em que for constatado abuso. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. **Neutralidade de Rede – Proposta de Consulta Pública à Sociedade Sobre a Regulamentação Prevista no Marco Civil da Internet**. 2012. p. 25. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dialogo/file/download/157>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks**. Disponível em <http://www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf>.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão 069.3.54.O, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML>>.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão 069.3.54.O, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/H3x9Hu>>. Acesso em: 23 jun 2015. Discurso do Deputado Juthay Junior (PSDB-BA).

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão 255.2.54.O, 19 out. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/zqOYzT>> Acesso em: 23 jun 2015. Discurso do Deputado Federal Alessandro Molon (PT-RJ).

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão: 295.2.54.O, 21 nov 2012 Disponível em: <<http://goo.gl/X20we5>>. Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ricardo Izar (PSD-SP).

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão: 308.2.54.O. 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/IWUblQ>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Edinho Bez (PMDB-SC).

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Discursos e Notas Taquigráficas**, Brasília, Sessão 316.2.54.O, 21 nov. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/wyAJMU>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ivan Valente (PSOL-SP).

CARNETI, Karen. Oi dá acesso gratuito ao Facebook e Twitter para clientes do Oi Galera. **Revista info**, 12 jan. 2015. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologia-pessoal/2015/01/oi-da-acesso-gratuitoao-facebook-e-twitter-para-clientes-do-oi-galera.shtml>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

CHOI, J.; KIM, B. C. Net Neutrality and Investment Incentives. **RAND Journal of Economics**, v. 41, n. 3, 2010.

E&N. Estádio. **Operadoras querem contornar neutralidade de rede**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,operadoras-querem-contornar-neutralidade-de-rede-imp-,1689284>> Acesso em: 25 jun.2015.

ECONOMIDES, N.; HERMALIN, B. The Economics of Network Neutrality. **RAND Journal of Economics**, 2012.

ESTADÃO. **Não há como contornar o que está no Marco Civil**. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/e-impossivel-burlar-o-que-esta-no-marco-civil-diz-relator/>> Acesso em: 26 jun. 2015.

FAGUNDES, Jorge; MATTOS, Cesar; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. **Revista do IBRAC**, Vol. 24, 2013.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS DIREITO RIO – FGV DIREITO RIO. **Contribuição do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV DIREITO RIO sobre Neutralidade de Rede**. Rio de Janeiro, 201-. Disponível em <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/sobre_neutralidade_de_rede.pdf> Acesso em 25 abr. 2015.

_____. Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro. **Relatório de políticas de internet: Brasil 2011**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012.

G1. **Claro retoma promoções de redes sociais com acesso grátis**. 15 jun. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2015/06/claro-retoma-promocoes-de-redes-sociais-com-acesso-gratis.html>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

_____. **Entidades entregam carta a Dilma com críticas a acordo com Facebook**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/04/entidades-entregam-carta-dilma-com-criticas-acordo-com-facebook.html>> Acessado em: 24 jun. 2015.

GETSCHKO, Demi. O Marco Civil não é a cura de todos os males. **Blog Por Dentro da Rede – Estádio**, 08 fev. 2015. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/demi-getschko/o-marco-civil-nao-e-a-cura-de-todos-osmales/>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

IDGNOW! **Molon torna públicas novas mudanças no Marco Civil para tentar votar já**. Disponível em: <<http://idgnow.com.br/blog/circuito/2013/12/11/molon-torna-publicas-novas-mudancas-no-texto-do-marco-civil/>> Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. **TIM libera acesso gratuito ao WhatsApp para clientes de planos pós-pagos**. 24 fev. 2015. Disponível em: <<http://idgnow.com.br/mobilidade/2015/02/24/tim-libera-acesso-gratuito-ao-whatsapp-para-clientes-deplanos-pos-pagos/>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

IPEA. **Comunicado nº 46: Análise e recomendações para as políticas públicas de massificação de acesso a internet em banda larga**. Brasília, 2010.

_____. **Radar nº 30: Tecnologia, Produção e Comercio Exterior**. Brasília, 2013.

LANDIM, Wikerson. WhatsApp ilimitado chega ao pré-pago da TIM; saiba como habilitar. **Tecmundo**, 20 abr. 2015. Disponível em <<http://www.tecmundo.com.br/tim/78611-whatsapp-ilimitado-chega-pre-pagotimsaiba-habilitar.htm>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

LEMOS, Ronaldo. **Internet Brasileira Precisa de Marco Regulatório Civil**. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em 15 de jun de 2012.

LILLA, Paulo Eduardo. Marco civil da internet e a regulamentação da neutralidade de rede. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI205139,51045Marco+civil+da+internet+e+a+regulamentacao+da+neutralidade+de+rede>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

MAZETTO, Luiz. Claro encerra acesso gratuito ao Facebook e anuncia planos “turbinados”. **Computerworld**, 15 abr. 2015. Disponível em <<http://computerworld.com.br/claro-encerra-acesso-gratuito-aofacebook-e-anuncia-planos-turbinados>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

NAZARENO, Claudio. **Nota técnica: Texto referência acerca do Marco Civil da Internet para o “fique por dentro”**. Brasília: Consultoria Legislativa, 2014.

POSNER, Richard. PRADO, Mariana Mota (trad.). Teorias da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; Coutinho, Diogo R.; Oliva, Rafael (orgs.). **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004.

POSSEBON, Daniel. Zero rating é uma questão concorrencial, não de neutralidade, diz Mozilla. **Mobiletime**, Barcelona, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.mobiletime.com.br/04/03/2015/zerorating-e-uma-questao-concorrencial-nao-de-neutralidade-diz-mozilla/405983/news.asp>>. Acesso em 27 de junho de 2015.

PRESCOTT, Roberta. TIM adianta que acesso gratuito ao WhatsApp tem data para acabar. **Convergência Digital**, 06 mai. 2015. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=39515&sid=8>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

RAGAZZO, Carlos Joppert. Notas introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, 2006.

RAMOS, Marcelo de. Neutralidade de redes: o futuro da internet e o mix institucional. **SEAE/MF. Documento de Trabalho**, 41. Dezembro, 2006.

ROMINA, B.; MIKHEYEV, A.; VIRGINIA, P. **The Network Neutrality Debate and Development**. Malta: Diplo Foundation, 2007.

SANTARÉM, Paulo Rena da Silva. **O direito achado na rede: a emergência do acesso à Internet como direito fundamental no Brasil**. 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

SOUZA, Antonio. Pontos como exceções a neutralidade e guarda de registro aguardam regulamentação. In: Publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. **Marco Civil modo de usar**. Ed. 08, ano 06, 2015.

TELECO – Inteligência em Telecomunicações. **Market Share das Operadoras de Celular no Brasil**. 25 jun. 2015. Disponível em <<http://www.teleco.com.br/mshare.asp>>. Acesso em 28 de junho de 2016.

TIM BRASIL. **TIM Lança Plano em Parceria Com O Whatsapp**. Rio de Janeiro, 26 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.tim.com.br/mg/sobre-a-tim/sala-de-imprensa/pressreleases/planos-e-promocoes/tim-lanca-plano-em-parceria-com-o-whatsapp>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

UOL Notícias – Tecnologia. **Recarga mensal de R\$ 25 garante acesso ‘grátis’ a redes sociais para clientes da Vivo**. 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2010/07/15/vivolanca-promocao-para-acesso-a-redes-sociais-via-celular-pre-pago.jhtm>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

UOL Olhar Digital. **Claro oferece acesso gratuito ao Facebook**. 05 ago. 2013. Disponível em <<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/claro-oferece-acesso-gratuito-ao-facebook/36498>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

VAN SCHEWICK, B. Network Neutrality: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper** No. 402, 2010.

_____. Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. **Journal on Telecommunications and High Technology Law**, v. 5, 2007.

_____. **Opening Statement at the Federal Communications Commission’s Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet**. Cambridge/MA, 13 jan. 2010. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2015.

VENTURA, Felipe. TIM e Claro oferecem acesso grátis ao Twitter pelo celular **Gizmodo Brasil**. 24 out. 2013. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/tim-claro-twitter-gratis/>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

_____. Vivo On adota franquia mensal de internet e não terá mais acesso ilimitado a sites. **Gizmodo Brasil**. 02 abr. 2013. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/vivo-on-nao-tera-mais-acessoilimitado-a-sites/>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

VIEIRA, Douglas. Parceria entre TIM e Waze oferece navegação gratuita no aplicativo. **Tecmundo**, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/tim/53441-parceria-entre-tim-e-waze-oferece-navegacaogratis-no-aplicativo.htm>>. Acesso em 24 de junho de 2015.

WU, Tim. Network Neutrality FAQ. **Tim Wu Blog**, 2010. Disponível em: <http://timwu.org/network_neutrality.html>.

_____. Network neutrality, broadband discrimination. **Journal of Telecommunications and high Technology Law**, v. 2, p. 141, 2003.

_____. The broadband debate: A user’s guide. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, v. 3, n. 69, 2004.

_____. Why Have a Telecommunications Law?: Anti-Discrimination Norms in Communications. **Journal on Telecommunications and High Technology Law**, v. 5, p. 15, 2006.

WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the internet neutral?: **Tim Wu and Christopher Yoo debate**. 2007.

YOO, Christopher. **Beyond Network Neutrality**. 19 Harv. J.L. Tech. 1, 2005.

_____. **Network Neutrality and the Economics of Congestion**. 94 GEO. L.J. 1847, 2006.

OS PROGRAMAS DE ESPIONAGEM CIBERNÉTICA EM MASSA E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À PRIVACIDADE¹

Humberto Alves de Vasconcelos Lima²

INTRODUÇÃO

Em julho de 2013 o mundo foi surpreendido por publicações de documentos secretos vazados no jornal britânico “*The Guardian*”, denunciando a existência de amplos programas de vigilância³ em massa operados pela *National Security Agency* (NSA) – a agência de segurança dos Estados Unidos, responsável pela inteligência de sinais (SIGINT) do país – com a colaboração de quatro aliados: Reino Unido, Canadá, Austrália e Nova Zelândia – juntos formando a rede de compartilhamento de inteligência autodenominada “*Five Eyes*”⁴. Um desses programas se destaca pela sua intrusividade: PRISM, codinome para um sistema de vigilância eletrônica global com custo de operação anual de US\$ 20.000.000,00 (Vinte milhões de dólares). O sistema é capaz de coletar informações (incluem-se e-mails, mensagens de texto e de voz, vídeos, dados armazenados etc.) das maiores companhias de comunicação e *software* do

-
- 1 Trabalho apresentado no I Seminário sobre Governança das Redes e o Marco Civil da Internet realizado entre os dias 28 e 29 de maio de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
 - 2 Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Mestre em Inovação e Propriedade Intelectual pela UFMG; Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna.
 - 3 Por “vigilância” quer-se dizer, nos limites do presente trabalho, atividades estatais de interceptação e acompanhamento de comunicações, imagens e/ou outros tipos de informações pessoais individuais. Já o termo “espionagem” conta com conceituação mais detalhada na seção 1.
 - 4 A rede de compartilhamento de inteligência *Five Eyes* tem seu embrião na cooperação entre Estados Unidos e Reino Unido na Segunda Guerra Mundial – formalizada no *UKUSA Agreement* de 1946 – e que posteriormente contou com a adesão dos outros 3 aliados (Canadá, Austrália e Nova Zelândia). Cf. ANDREW, Christopher. *The Making of the Anglo-American SIGINT Alliance. In the Name of Intelligence: Essays in Honor of Walter Pforzheimer*, p. 95-109, 1994.

mundo e seus principais serviços (*Microsoft, Yahoo, Google, Facebook, Youtube, Skype, AOL, Apple e Verizon*)⁵.

A fonte dos vazamentos posteriormente veio a público: Edward Snowden, norte-americano funcionário da *Booz Allen Hamilton*, maior organização privada de vigilância e espionagem do mundo, prestadora de serviços terceirizados de consultoria à *NSA*. “Eu, sentado em minha mesa, certamente tinha autoridade para grampear qualquer um, de você ou seu contador a um juiz federal ou mesmo o Presidente, se eu tivesse um e-mail pessoal”, afirmou Snowden em entrevista⁶. De fato, foi revelado – através do vazamento de um memorando oficial – que a *NSA* monitorou chamadas de 35 líderes mundiais⁷, e mais recentemente, descobriu-se que a espionagem americana também foi dirigida contra os três últimos presidentes franceses, François Hollande, Nicolas Sarkozy e Jacques Chirac⁸.

De proporções *orwellianas*, o programa assusta pela sua abrangência (quantidade de pessoas atingidas) e profundidade (quantidade de informações coletadas), despertando o alerta para flagrantes violações à privacidade individual, direito humano fundamental tão homenageado pelas potências ocidentais. Com efeito, em 24 de março de 2015 o Conselho de Direitos Humanos da

5 GREENWALD, Glenn; MACKASKILL, Ewen. NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others. **The Guardian**. 7 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>> Acesso em: 27 maio 2015.

6 “But I sitting at my desk certainly had the authorities to wiretap anyone from you or your accountant to a Federal judge to even the President if I had a personal e-mail”. O vídeo da entrevista pode ser assistido em THE GUARDIAN. **The NSA Files**. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/video/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-interview-video>> Acesso em: 27 maio 2015. A transcrição da entrevista pode ser lida em: RODRIGUEZ, Gabriel. Edward Snowden Interview Transcript. **Policymic**, 9 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.policymic.com/articles/47355/edward-snowden-interview-transcript-full-text-read-the-guardian-entire-interview-with-the-man-who-leaked-prism>> Acesso em: 27 maio 2015.

7 BALL, James. NSA monitored calls of 35 world leaders after US official handed over contacts. **The Guardian**, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/oct/24/nsa-surveillance-world-leaders-calls>> Acesso em 27 maio 2015.

8 SMITH-SPARK, Laura; MULLEN, Jethro. France summons U.S. ambassador after reports U.S. spied on presidents. **CNN**, 24 jun 2015. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2015/06/24/europe/france-wikileaks-nsa-spying-claims/>> Acesso em: 24 jun. 2015.

Organização das Nações Unidas (ONU), reafirmando o direito fundamental à privacidade e expressando preocupação com o “impacto negativo que a vigilância e/ou interceptação de comunicações, incluindo vigilância e/ou interceptações extraterritoriais, assim como a coleta de dados pessoais, em particular quando realizados em massa, pode ter no exercício e gozo dos direitos humanos”, aprovou resolução que determina que o Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos institua o cargo de Relator Especial sobre o direito à privacidade, com um mandato de três anos⁹.

Os desafios que se mostram a frente da gestão da proteção internacional dos direitos humanos são, de fato, preocupantes. Em contraste com um discurso de proteção de direitos de liberdade individual há uma retórica igualmente poderosa que justifica o sacrifício desses direitos em prol da segurança. Realmente, a necessidade de prevenção e combate ao terrorismo foi o principal propulsor do aprimoramento das capacidades técnicas e da ampliação dos poderes juridicamente concedidos aos principais serviços de inteligência do mundo. Nos termos colocados por Adam Moore, “Em tempos de crise nacional, cidadãos são frequentemente solicitados a trocar liberdade e privacidade por segurança. E por que não, argumenta-se, se nós podemos obter uma quantidade razoável de segurança por apenas um pouco de privacidade?”¹⁰.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem por objeto um estudo sobre os desafios que a condução de operações de vigilância em massa impõem à gestão da proteção do direito humano à privacidade individual, bem como a sujeição à

9 Traduzido de: “Deeply concerned at the negative impact that surveillance and/or interception of communications, including extraterritorial surveillance and/or interception of communications, as well as the collection of personal data, in particular when carried out on a mass scale, may have on the exercise and enjoyment of human rights”. A resolução pode ser lida em: UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Human Rights Council. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development**, 24 mar 2015. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/L.27> Acesso em: 27 maio 2015.

10 MOORE, Adam D. Toward Informational Privacy Rights. **San Diego Law Review**, v. 44, 2007. p. 830. Traduzido de: “In times of national crisis, citizens are often asked to trade liberty and privacy for security. And why not, it is argued, if we can obtain a fair amount of security for just a little privacy?”.

crítica das justificativas apresentadas para a interferência estatal no exercício desse direito. Para tanto, pretende-se posicionar a análise sobre o atual panorama de capacidade dos serviços de inteligência, qualificado, como se busca demonstrar, pelo paradigma tecnológico do espaço cibernético – que potencializa o registro e a coleta da informação – e justificado pela retórica política de promoção da segurança nacional.

INTELIGÊNCIA NA ERA DA INFORMAÇÃO E DO MEDO

O conhecimento de informação sensível – ou seja, não-trivial – é vital para o Estado. É o que irá orientar o processo decisório de suas autoridades, servir ao planejamento de suas políticas públicas, possibilitar conhecer os fatores que possam representar risco aos seus interesses, seja interna ou externamente, tudo como forma de aprimoramento do exercício de atividades estratégicas. A nível internacional, o Estado procurará conhecer o poderio militar de rivais e inimigos. Incluem-se nisso informações sobre a capacidade balística de outro Estado, posição de bases, tamanho do arsenal e capacidade de desenvolvimento de armas atômicas, por exemplo. Conhecer a situação política de outro país também interessará ao Estado. Informações sobre a orientação ideológica dos componentes de um governo, a disposição para o ajuste e cumprimento de acordos internacionais, a existência de eventuais grupos insurgentes ou terroristas, são alguns exemplos de informações políticas relevantes. O Estado buscará ainda reunir informações de natureza econômica, objetivando compreender a solidez da economia de outro país, sua política monetária, aptidão para celebração de acordos comerciais e, principalmente, eventuais práticas potencialmente causadoras de danos sistêmicos à economia internacional.

Para reunir este tipo de informação os Estados realizam atividades de inteligência¹¹. Por meio de um processo de três etapas (coleta, análise e disseminação), conduzido por agências especializadas¹², garante-se que as autoridades estatais sejam supridas de dados e pareceres confiáveis para a tomada de decisão¹³.

DA INTELIGÊNCIA À ESPIONAGEM

Ocorre que os Estados não limitam suas atividades de inteligência apenas à utilização de mecanismos públicos e transparentes, exatamente por existirem informações que não podem ser obtidas por esse meio. Enquadram-se nessa categoria informações classificadas de Estados, segredos de empresa e informações privadas de indivíduos. Por serem espécies de informação cuja manutenção do segredo é protegida por lei¹⁴, eis que seu valor reside justamen-

11 Um exemplo característico de informações reunidas através de atividades de inteligência é o *CIA World Factbook*, um compilado de dados sobre a economia, política, geografia, sociedade, energia, comunicações, transporte e informações militares sobre todos os países. Pode ser acessado em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>>

12 A inteligência estatal é normalmente conduzida por agências especializadas, como por exemplo a Central Intelligence Agency (CIA), a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), o Mossad, responsável pela inteligência externa israelense ou as divisões de inteligência militar do Reino Unido (Military Intelligence – MI5; MI6). Os Estados também podem reunir informações através de seu pessoal diplomático, o que é largamente facilitado pelas imunidades e garantias conferidas, notadamente as que asseguram a inviolabilidade dos arquivos e documentos da missão (art. 24 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas), a proteção de sua livre comunicação (art. 27) e da inviolabilidade dos documentos e correspondências do agente diplomático (art. 30, item 2).

13 MCDUGAL, Myres S.; LASSWELL, Harold D.; REISMAN, W. Michael. *The Intelligence Function and World Public Order*. **Temple Law Quarterly**, v. 46, n.3, pp. 365-448, 1973. p. 365.

14 Normalmente, a obtenção ilícita dessas informações implicará a configuração de um crime segundo legislações domésticas. Por outro lado, no Direito Internacional, não há qualquer norma expressa que coíba a espionagem de segredos de Estados (Cf. RADSAN, A. John. *The Unresolved Equation of Espionage and International Law*. **Michigan Journal of International Law**, v. 28, p. 595-622, 2007 e DEMAREST, Geoffrey B. *Espionage in International Law*. **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 24, n. 2, p. 321-348, 1996). Já no que diz respeito à obtenção ilícita de segredo de empresa, é possível que se configure uma violação às normas de proteção internacional à propriedade intelectual (cf. LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos; CUNHA, Naiana Magrini Rodrigues. *O Problema da Espionagem Econômica Internacional: Seria a Organização Mundial do Comércio o Foro Adequado para sua apreciação?* **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 93-105, 2014). Por fim, a espionagem de informações privadas de indivíduos sugere uma violação às normas de proteção internacional aos direitos humanos, especificamente o direito à privacidade, como se discutirá ao longo do texto.

te enquanto é resguardada sua confidencialidade, são elas as mais sensíveis para os serviços de inteligência. Estados querem saber mais e melhor e por essa razão, paralelamente, conduzem operações secretas, direcionadas à coleta desse tipo de informação. Ao fazê-lo, o Estado pratica espionagem, e neste sentido é que se pode dizer que a espionagem se apresenta como uma modalidade da inteligência, mais precisamente, uma forma clandestina de inteligência, qualificada pelo binômio (operação secreta de coleta + informação secreta a ser coletada)¹⁵.

O POTENCIAL DA ESPIONAGEM CIBERNÉTICA

Resgatando o processo de criação da *internet*, descobre-se seu embrião na ARPANET, uma rede criada com propósitos militares no âmbito da *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA). No contexto da guerra fria, o propósito original da rede foi o de possibilitar que informação e comunicação, ao serem compartilhadas através de vários servidores, fossem preservadas mesmo no caso de um ataque nuclear a algum centro de comando¹⁶. A *internet* surge, portanto, como forma de preservação de informação através de sua reprodução; uma memória perpétua de informação que atualmente assume tendências oniscientes.

De acordo com a *International Telecommunication Union* (ITU), no final do ano de 2014, cerca de 2,9 bilhões de pessoas utilizava a *internet*, o que corresponde a 40% da população mundial; em 2001 esse número era de 495 milhões de pessoas, o que representava apenas 8% do total¹⁷. Nesse ambiente, o tráfego de informações é colossal, o que pode ser esboçado por três indicadores: a cada

15 Obviamente, se um Estado visa obter informação secreta de outro Estado, de uma empresa ou de um indivíduo, ele conduzirá uma operação também secreta, pois caso o detentor da informação identifique uma tentativa de coleta – por consequência frustrada – fará aumentar o rigor de sua proteção.

16 CLIFT, A. Denis. *Intelligence in the Internet Era*. Center for the Study of Intelligence, Central Intelligence Agency, 2003. p. 74.

17 INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Statistics**. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>> Acesso em: 08 jun. 2015.

segundo são enviados 2.401.178 (dois milhões, quatrocentos e um mil, cento e setenta e oito) *e-mails* no mundo todo – apesar de aproximadamente 67% desse total ser de *spams* (propagandas) – e realizadas 1.772 (mil setecentos e setenta e duas) ligações via *Skype*¹⁸. Além disso, dados de abril de 2014 mostravam que eram enviadas cerca de 64 bilhões de mensagens via *whatsapp* por dia¹⁹.

Esse fenômeno de expansão da *internet* e de outras formas de comunicação provocou o surgimento de um novo espaço em que se relacionam os Estados, entre si e com seus particulares: o espaço cibernético, destacado e autônomo em relação às formas tradicionais de contato físico-territorial.

A principal característica desse ambiente é a de permitir níveis virtualmente infinitos de reprodução e disseminação de informação que termina por consagrar um movimento de sua migração do meio físico para o virtual, onde a comunicação é instantânea e os custos de transmissão são extremamente baixos. Como observaram Robert Keohane e Joseph Nye:

Interdependência entre sociedades não é algo novo. O que é novo é o desaparecimento virtual dos custos de comunicação à distância como um resultado da revolução da informação. Os custos reais de transmissão se tornaram desprezíveis; conseqüentemente a quantidade de informação que pode ser transmitida é efetivamente infinita²⁰.

Nota-se então que os efeitos do surgimento do espaço cibernético para as atividades de inteligência são revolucionários, pois oferece um ambiente de abundância e perpetuação de informação e progressiva facilidade de acesso,

18 Estatísticas em tempo real sobre a *internet* podem ser acompanhadas em <<http://internetlivestats.com/>>.

19 STATISTA: The Statistic Portal. Cumulative daily mobile message volume of WhatsApp messenger as of April 2014 (in billions). Disponível em: <<http://www.statista.com/statistics/258743/daily-mobile-message-volume-of-whatsapp-messenger/>> Acesso em: 08 jun. 2015.

20 KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Power and Interdependence in the Information Age. *Foreign Affairs*, v. 77, n. 5, 1998. p. 83. Texto original: “Interdependence among societies is not new. What is new is the virtual erasing costs of communicating over distance as a result of the information revolution. The actual transmission costs have become negligible; hence the amount of information that can be transmitted is effectively infinite”.

com a contínua adesão de novos usuários e desenvolvimento de novos serviços e tecnologias de comunicação.

Em especial, o acesso remoto²¹ é um fator de potencialização de coleta de informação. A coleta se dá independentemente da distância que separa a informação do coletor, ao contrário da forma clássica da espionagem em que há necessidade da presença do agente próximo às fontes no território do Estado visado, seja esta presença oficial (por meio do serviço diplomático, por exemplo) ou extra-oficial (através de agentes secretos infiltrados). Quando a informação está cada vez mais presente no domínio cibernético, a clássica figura do agente secreto infiltrado em território inimigo perde espaço para softwares – posto que aquele continue sendo um meio extremamente eficiente na condução de tarefas de inteligência.

Logo, o desenvolvimento da espionagem cibernética é um qualificador decisivo da atual capacidade dos serviços de inteligência e o que possibilitou o desenvolvimento de ferramentas de vigilância em massa. Nos termos colocados por Helen Nissenbaum:

Informação que é retirada do mundo físico é registrada em bases de dados eletrônicas, que conferem a esses registros a permanência, maleabilidade e transportabilidade, que se tornaram a marca registrada da tecnologia da informação. Sem tecnologia da informação, os coletores e usuários de informação não seriam capazes nem de realizar

21 WILLIAMS, Robert D. (Spy) Game Change: Cyber Networks, Intelligence Collection, and Covert Action. *The George Washington Law Review*, v. 79, n. 4, 2011. p. 1182-1185.

vigilância (ou seja, coletar os dados), nem de criar bancos de dados de grande magnitude e poder, nem de extrair a informação que motivava essas atividades²².

Um complicador adicional relativo à modalidade cibernética da espionagem são as complexidades técnicas, de natureza tecnológica e jurídica, que envolvem a comunicação digital. O público em geral tem dificuldades em compreender com exatidão qual é a política de privacidade dos diversos serviços de comunicação via *internet*, especialmente quais informações pessoais são armazenadas, quais podem ser divulgadas e sob quais circunstâncias. Da mesma forma, conceitos como os de criptografia, informações de *login*, geolocalização, apenas para exemplificar, são simplesmente ignorados pela maioria dos usuários desses serviços, muito embora interfiram diretamente na forma como as informações são compartilhadas na rede.

A RETÓRICA DA SEGURANÇA E DO MEDO COMO JUSTIFICATIVA PARA A VIGILÂNCIA EM MASSA

Os atentados de 11 de setembro de 2001 representam um momento de ruptura histórica que provocou significativas mudanças em todas as esferas da sociedade estadunidense. Da política externa à cultura, o sentimento de que o país estava diante de um poderoso inimigo, capaz de infligir danos catastróficos e sem precedentes em solo norte-americano, moldou toda a retórica estatal e com ela o imaginário coletivo. Com massivo apoio da opinião pública interna, o governo republicano de George W. Bush deflagrou duas grandes empreitadas militares sob a bandeira da “Guerra ao Terror”: a invasão do

²² NISSEMBAUM, Helen. Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public. *Law and Philosophy*, v. 17, 1998. p. 561-562. Traduzido de: “Information that is drawn from the physical world is harbored in electronic databases, which give these records the permanence, malleability and transportability that has become the trademark of information technology. Without information technology, the gatherers and users of information would be able neither to conduct surveillance (that is, gather the data), nor create databases of great magnitude and power, nor extract the information that motivates these activities”.

Afeganistão e do Iraque – muito embora o último não tivesse qualquer relação com os ataques terroristas²³.

A ideia da guerra ao terror, como afirma David Holloway, “era por si só uma representação de eventos, uma construção retórica, uma série de histórias sobre o onze de setembro e sobre o lugar dos Estados Unidos no mundo²⁴”. A derrubada das torres gêmeas logo se converteu em um símbolo de ataque ao mundo livre, à democracia, e ao capitalismo e seus responsáveis em um inimigo comum do povo americano.

O ambiente de medo generalizado gerado pelos ataques favoreceu a aprovação e implementação de um grande número de leis – e outras medidas menos legítimas – relativas à segurança e defesa, especialmente ligadas à aviação civil, atividades militares, persecução penal e inteligência – reflexos percebidos não somente nos EUA mas também em aliados mais próximos, especialmente o Reino Unido²⁵.

Como explica Jeremy Waldron:

Isso é, em parte, produto de derrotismo político: o Estado está sempre procurando limitar a liberdade e uma emergência terrorista oferece uma excelente oportunidade. As pessoas se tornam, mais que

²³ O esforço do governo norte-americano em tentar vincular os ataques a Sadam Hussein – posteriormente convertido em uma tentativa de provar que o Iraque detinha armas de destruição em massa – surtiu efeitos. Em agosto de 2003, pesquisas de opinião pública demonstraram que 69% dos norte-americanos acreditavam que o ditador iraquiano teve envolvimento com os atos terroristas de 11 de setembro de 2001. Cf. KORNBLUT, Anne E. and BENDER, Bryan. Cheney link of Iraq, 9/11 challenged. *The Boston Globe*, 16 ago. 2003. Disponível em: <http://www.boston.com/news/nation/articles/2003/09/16/chenev_link_of_iraq_911_challenged> Acesso em: 12 jun. 2015.

²⁴ HOLLOWAY, David. *9/11 and the War on Terror*, Edinburgh University Press, 2008. p. 4. “The idea of a war on terror was itself a representation of events, a rhetorical construction, a series of stories about 9/11 and about America’s place in the world”.

²⁵ Cf. MORAN, Jon; PHYTHIAN, Mark. *Intelligence, Security and Policing Post-9/11: The UK’s Response to the ‘War on Terror’*. Palgrave Macmillan, 2008.

habitualmente, deferentes às demandas de seus governantes nessas circunstâncias e temerosas de que se elas criticarem os ajustes propostos serão preprendidas por serem insuficientemente patrióticas²⁶.

No que diz respeito aos serviços de inteligência, no mesmo mês de setembro o presidente Bush assina ordens executivas secretas autorizando a ampliação dos poderes da *Central Intelligence Agency* (CIA), principalmente para a condução de operações encobertas (*covert operations*) em território estrangeiro. Inclui-se nisso a concessão de US\$ 800 a 900 milhões para a construção de centros de inteligência contra-terrorista em outros países²⁷. Em outubro, outra dessas ordens secretas autorizou que a NSA efetuasse escutas sobre comunicações de cidadãos estadunidenses, sem a necessidade de autorização judicial como determinava a legislação²⁸. A conveniência prática da medida era o que justificava sua ilicitude. Como explica Ron Suskind, seria um desafio logístico para a administração ter que obter mandados judiciais de escutas de milhares de cidadãos norte-americanos vigiados pelo “olho cego dos insones computadores da NSA²⁹”.

Mas a principal reação jurídico-política pós atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 foi a aprovação, também em outubro, do USA PATRIOT ACT (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*). O ato ampliou extensamente os poderes de investigação de agências responsáveis pelo *law enforcement* nos Estados Unidos, a que correspondeu o mínimo de controle judicial. Nesse propósito, as agências responsáveis pela inteligência externa norte-americana foram especialmente agraciadas através da seção 215 do ato, que promoveu emendas

26 “This is partly the product of political defeatism: the state is always looking to limit liberty, and a terrorist emergency provides a fine opportunity. People become more than usually deferential to the demands of their rulers in these circumstances and more than usually fearful that if they criticize the proposed adjustments they will be reproached for being insufficiently patriotic”. WALDRON, Jeremy. Security and Liberty: The Image of Balance. *The Journal of Political Philosophy*: v. 11, n. 2, 2003. p. 191.

27 SUSKIND, Ron. *The One Percent Doctrine*. Simon & Schuster, 2006. p. 22.

28 Ibidem, p. 36.

29 Idem.

ao *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA)³⁰. No ano seguinte, em setembro de 2002, a administração Bush aprova o *National Security Strategy* com demonstrações claras da doutrina da guerra preventiva³¹, em que atividades de inteligência iriam realizar um papel central.

Uma outra importante reação foi representada em uma comissão bipartidária – composta por cinco congressistas republicanos e cinco democratas – instaurada com a responsabilidade de atingir a “maior compreensão possível dos eventos relacionados ao onze de setembro e identificar as lições aprendidas”. Uma das conclusões alcançadas pela “Comissão 11/9”, expostas em um relatório de 567 páginas, consistiu no alerta da premente necessidade de reformular a comunidade de inteligência norte-americana, diante de seis problemas fundamentais identificados, a saber: a) barreiras estruturais para a realização de atividades conjuntas entre agências de inteligência; b) ausência de padrões e práticas comuns entre a comunidade de inteligência doméstica e externa; c) gestão compartimentada das capacidades da inteligência nacional entre várias agências; d) fraca capacidade de estabelecer prioridades e distribuir recursos; e) existência de cargos com acúmulo de atribuições e f) a excessiva complexidade e segredo que obscureciam o serviço de inteligência para o público³².

Formou-se portanto uma crença de que a inteligência dos Estados Unidos falhara decisivamente para que os ataques terroristas viessem a ter êxito; a correção dessas falhas, concluiu-se, poderia evitar a ocorrência de novos ataques e com isso resultar na preservação da vida de milhares de cidadãos estadunidenses. Essa percepção se agravou por se descobrir que o presidente Bush

³⁰ UNITED STATES CONGRESS. Congress.gov. H.R. 3162 - **USA Patriot Act**, 2001. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3162/text>> Acesso em: 01 de junho de 2015.

³¹ Em trechos tais como: “[...] defending the United States, the American people, and our interests at home and abroad by identifying and destroying the threat before it reaches our border” e “While we recognize that our best defense is a good offense, we are also strengthening America’s homeland security to protect against and deter attack”. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. **The National Security Strategy of the United States of America**, The White House, 2002. p. 6. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2015.

³² UNITED STATES OF AMERICA. **The 9/11 Commission Report**, National Commission on Terrorists Attacks Upon the United States, 2004. p. 408-410.

fora informado pessoalmente, em 6 de agosto de 2001 – mais de um mês antes do fatídico onze de setembro – de que a Al-Qaeda planejava realizar ataques iminentes em solo norte-americano³³.

Tudo isso serviu de justificativa à implementação de sensíveis reformas na inteligência do país, o que normalmente significou ampliação de seus poderes. Aproximadamente cinco meses após a publicação do relatório da Comissão 11/9, o presidente G. W. Bush assina o *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act*, promovendo substanciais mudanças estruturais na organização da comunidade de inteligência dos Estados Unidos³⁴, notadamente a criação do cargo-chefe de Diretor Nacional de Inteligência³⁵.

Em 2007 e 2008, ainda sob a administração Bush, ocorrem as mais agressivas reformas na inteligência dos EUA, através da aprovação de novas emendas ao *Foreign Intelligence Surveillance Act*. Tais reformas virtualmente eliminaram a necessidade de obtenção de autorização judicial para condução de atividades de vigilância, inclusive sobre comunicações de cidadãos de outros países. Além disso, previam imunidade de jurisdição para companhias privadas que colaborassem com agências de inteligência na coleta de informação³⁶.

³⁷ Isso permitiu o desenvolvimento dos mais intrusivos programas de espionagem por parte da NSA, incluindo-se o PRISM – brevemente descrito na Introdução – que começou a ser operado em 2007.

³³ LICHTBLAU, Eric; SANGER, David E. August '01 brief is said to warn of attack plans. **The New York Times**, 10 abril 2004. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2004/04/10/us/august-01-brief-is-said-to-warn-of-attack-plans.html?pagewanted=all&src=pm>> Acesso em: 16 jun. 2015.

³⁴ O'CONNELL, Anne Joseph. The Architecture of Smart Intelligence: Structuring and Overseeing Agencies in the Post-9/11 World. **California Law Review**, v. 94, p. 1655-1744, 2006.

³⁵ O Diretor tem acesso a todas informações oriundas da inteligência nacional e a atribuição de exercer as mais altas funções de aconselhamento sobre assuntos de inteligência do país, reportando diretamente ao Presidente. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. **Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act**, section 118, Stat. 3638, 2004. Disponível em: <https://www.nctc.gov/docs/pl108_458.pdf>. Acesso em 17 jul. 2016.

³⁶ UNITED STATES OF AMERICA. **Protect America Act**, 2007. Disponível em: <<http://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/laws/pl11055.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2016.

³⁷ UNITED STATES OF AMERICA. **FISA Amendments Act**, 2008. Disponível em: <<http://www.intelligence.senate.gov/laws/fisa-amendments-act-2008>>. Acesso em 17 jul. 2016.

DESCONSTRUINDO AS JUSTIFICATIVAS PARA A REALIZAÇÃO DE VIGILÂNCIA EM ESCALA MASSIVA

Como se pôde concluir, a combinação entre o rápido desenvolvimento de tecnologias de comunicação e a retórica de promoção de segurança criaram o ambiente perfeito para a ampliação das atividades de inteligência dos Estados Unidos e seus aliados. Nesta seção pretende-se realizar uma crítica de dois dos principais argumentos apresentadas para justificar limitações ao direito de privacidade através de realização de vigilância em massa sobre indivíduos.

O ARGUMENTO DA SUPERIORIDADE DA SEGURANÇA SOBRE A PRIVACIDADE

O discurso de promoção da segurança tem um forte apelo pois se apresenta como medida de defesa da vida dos cidadãos, especialmente em um contexto de ameaça terrorista. Sob esse ponto de vista, a privacidade individual, um direito de suposta menor importância, não resistiria a um confronto com a proteção do valor supremo da vida. Seria justificável, como se argumenta, reduzir um pouco da privacidade individual em prol da segurança coletiva. Note-se que formular a relação entre privacidade e segurança em termos de balanceamento exige aceitar a premissa de que o aumento da segurança deve, necessariamente, implicar diminuição da privacidade, ou vice-versa. Seriam, pois, valores antagônicos.

Todavia, há dois problemas graves no exercício de balanceamento entre privacidade e segurança, que consistem em situar a análise do problema sob um critério de *hierarquização* e de *oposição*. Em primeiro lugar, mostra-se falho o argumento de que a segurança, ao proteger a vida, é um valor mais importante que a privacidade. Isso porque, a privacidade também pode servir à proteção da vida. Na literatura norte-americana é célebre o caso do assassinato da atriz Rebecca Schaefer em julho de 1989, cujo autor descobriu o paradeiro da vítima através de informações pessoais obtidas junto ao departamento de trânsito. O trágico evento justificou a aprovação do *Drivers' Privacy Protection*

Act de 1993³⁸. Atualmente, sistemas de coleta de informações de posicionamento global operados em qualquer *smartphone* permitem que se saiba com precisão a localização do portador do aparelho. Note-se, portanto, o interesse individual em se manter sob sigilo tais informações.

Eventos mais extremos nos lembram que governos ditatoriais se valeram de informações pessoais de cidadãos para conduzir com maior eficiência políticas genocidas. O extermínio de 6 milhões de judeus e outras minoriais durante o regime nazista alemão e de 800 mil tutsis e hutus moderados em Ruanda em 1994 foram precedidos de detalhados registros raciais que facilitaram significativamente a identificação e localização das vítimas. Sabendo-se que em regimes autoritários as liberdades civis são quase sempre ignoradas, e que não há garantias de que um governo democrático nunca irá se converter em uma ditadura ou mesmo nunca irá adotar políticas constritivas de liberdade, seria prudente velar pela privacidade enquanto as garantias vigentes de um Estado de Direito o permitem.

Como reconhece Jeremy Waldron, a redução de liberdades civis pode aumentar a segurança e prevenir a ocorrência de ações potencialmente causadoras de dano. Mas, segundo o autor, isso necessariamente implica aumento do poder do Estado e há um risco correspondente de que esse acréscimo de poder também seja utilizado para causar dano³⁹. Prossegue o autor:

A proteção de direitos civis não é apenas uma questão de nutrir certas liberdades que nós particularmente valorizamos. É também uma questão de desconfiança do poder, uma compreensão de que o poder dado ao Estado é raramente usado unicamente para os propósitos para os quais ele foi concedido, mas é sempre e endemicamente sujeito a abusos⁴⁰.

38 NISSEMBAUM, H. **op. cit.** p. 585.

39 WALDRON, J. **op. cit.** p. 205.

40 “The protection of civil liberties is not just a matter of cherishing certain freedoms that we particularly value. It is also a matter of suspicion of power, an apprehension that power given to the state is seldom ever used only for the purposes for which it is given, but is always and endemically liable to abuse”. *Idem*.

Da mesma forma, posicionar a relação entre privacidade e segurança em termos de balanceamento é equivocado na medida em que esse raciocínio presuppõe que o acréscimo de uma deve implicar necessariamente no decréscimo da outra e vice-versa. Na verdade, a natureza da relação entre privacidade e segurança nem sempre será de oposição, podendo ser de complementariedade. Há situações em que maior segurança só pode ser obtida através de maior privacidade, do que seria um bom exemplo o sigilo e criptografia de senhas bancárias.

Portanto, é preciso analisar com cautela medidas de limitação à privacidade quando justificadas em uma suposta superioridade do valor “segurança”. Tanto “privacidade” quanto “segurança” podem servir, inclusive de forma complementar, à proteção de valores mais centrais como “vida” e “liberdade”. Qualquer argumento que pretenda converter a relação entre esses dois valores em um “jogo de soma zero”, uma “balança de troca” na qual o aumento de um significa a redução de outro, provavelmente não revelará as verdadeiras nuances da questão.

Pretensões legítimas de limitação à privacidade – o mesmo raciocínio vale para qualquer outra liberdade civil – em favor da segurança somente podem ser construídas sobre uma criteriosa demonstração de que a) há real necessidade por acréscimo na segurança; b) esta não pode ser suprida sem intervenção na privacidade e c) a intervenção no exercício da privacidade efetivamente implicará em um ganho em segurança. Como alerta Waldron, essas ponderações precisam ser feitas de forma honesta. É preciso se estar seguro de que diminuição de liberdades tenham a consequência esperada. E, caso o almejado resultado não possa ser antecipado com certeza, mas apenas em níveis de probabilidade, então é preciso ser o mais transparente possível sobre a extensão dessa probabilidade⁴¹.

41 Ibidem.

A FALÁCIA DO ARGUMENTO “QUEM NÃO DEVE NÃO TEME”⁴²”

A maioria das pessoas normalmente não se incomoda com violações à sua privacidade que não resultem em algum constrangimento ou prejuízo imediato. “Eu não tenho nada a esconder” e “Quem não deve não teme” são duas respostas frequentes à inquirições acerca da relevância da privacidade individual. Autoridades estatais tendem a endossar essa espécie de justificativa. Na Inglaterra, após 2 bombas explodirem no distrito financeiro de Londres, em atentado terrorista patrocinado pelo IRA, em 1994, foi implementado um extenso programa de instalação de câmeras de vigilância nos principais pontos de acesso à cidade. O *slogan* da bem sucedida campanha: “Se você não tem nada a esconder, não tem nada a temer”⁴³.⁴⁴ Na academia também se manifestam opiniões coerentes com esse tipo de abordagem acerca da privacidade, do que é um bom exemplo a assertiva de Richard Posner segundo a qual privacidade nada mais é que “um direito de esconder fatos desabonadores sobre si mesmo”⁴⁵.

O problema central com esse tipo de argumentação é a premissa equivocada de que somente há interesse individual em ocultar fatos ilícitos ou imorais sobre si. A verdade é que todos tem algo a esconder, a começar pelos aspectos íntimos da imagem pessoal e da vida sexual. Com efeito – apesar de não se ter coletado dados para corroborar a afirmação seguinte – parece ser o caso de

⁴² Boa parte da desconstrução desse argumento foi retirada das obras SOLOVE, Daniel J. **Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security**, Yale University Press, 2011. p. 21 e ss e RICHARD, Neil M. *Four Privacy Myths In: SARAT, Austin [Org.]. A World Without Privacy: What Law Can and Should Do?* Cambridge University Press, 2015. p. 60 e ss.

⁴³ “If you’ve got nothing to hide, you’ve got nothing to fear” ROSEN, Jeffrey. **The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age**. Random House Incorporated, 2005. p. 36.

⁴⁴ Dados de 2013 estimavam que havia 5.9 milhões de câmeras de circuito fechado no Reino Unido, o que representava 1 câmera para cada 11 cidadãos britânicos. BARRET, David. One surveillance camera for every 11 people in Britain, says CCTV survey. **The Telegraph**, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/10172298/One-surveillance-camera-for-every-11-people-in-Britain-says-CCTV-survey.html>> Acesso em: 26 jun. 2015.

⁴⁵ “right to conceal discreditable facts about himself”. POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 5 ed, 1998. p. 46. Cf. RICHARD, N. M. op. cit. p. 60.

que a maioria das pessoas, ao descobrir uma foto de nudez ou mesmo um vídeo em que a mostra mantendo relações sexuais publicada em redes sociais sem sua autorização, irá buscar identificar o autor da publicação e ajuizar uma demanda pedindo sua condenação por danos morais bem como a retirada do material da *internet*. Uma hipótese mais extrema nos faz pensar que ninguém admitiria que o governo instalasse em seu quarto uma câmera de vigilância ou mesmo tivesse acesso à câmera de seu *laptop* ou de seu *smartphone*. E para que não haja dúvidas de que a vigilância do governo não possa se mostrar tão invasiva e prejudicial, basta recordar que um dos documentos da *NSA* vazados por Edward Snowden mostram que a agência monitorou a utilização da *internet* por parte de proeminentes acadêmicos e cléricos islâmicos residentes nos EUA que considerava radicais, para poder posteriormente constrangê-los com a divulgação de acessos a *sites* de pornografia⁴⁶.

Se estes exemplos da privacidade da imagem íntima parecem extremos e não suficientes para desafiar o argumento “quem não deve não teme”, note-se que a confidencialidade de informações é crucial em outros aspectos mais sutis, não obstante não menos relevantes. Como destaca Neil Richard, muitas pessoas que temem que seu comportamento na rede possa estar sendo monitorado pelo governo, limitam sua atividade intelectual (o que lê ou escreve na *internet*) ao convencional, ao padrão. Tal constatação conta com evidências empíricas em pesquisa realizada com 500 escritores americanos que afirmaram que o temor da vigilância estatal na rede limitaram o que muitos deles leram, escreveram ou disseram⁴⁷.

Esse temor é agravado por aquilo que Daniel Solove denomina de problema da *distorção*. Ainda que a coleta de informações pessoais permitam apontar diversos traços da personalidade e comportamento de um indivíduo, nada

⁴⁶ GREENWALD, Glenn; GRIM, Ryan; GALLAGHER, Ryan. Top-Secret Document Reveals NSA Spied On Porn Habits as Part of Plan to Discredit ‘Radicalizers’. **The Huffington Post**, 26 nov. 2013. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/2013/11/26/nsa-porn-muslims_n_4346128.html> Acesso em: 28 jun. 2015. Cf. RICHARD, N. M. *op. cit.* p. 63.

⁴⁷ PEN AMERICAN CENTER. **Chilling Effects: NSA Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor**, 2013. Cf. RICHARD, N. M. *op. cit.* p. 63.

assegura que a análise que as autoridades estatais farão sobre essas informações conduzirão a conclusões corretas⁴⁸. Escritores e acadêmicos podem se sentir temerosos de que um histórico de frequentes pesquisas na *internet* sobre, por exemplo, armas químicas e biológicas ou processo de fabricação de explosivos – que iriam servir apenas para enriquecer uma reportagem, uma história fictícia ou mesmo um artigo científico – possa ser interpretado como indicativo de propósitos terroristas.

São muitas as razões, portanto, que justificam a confidencialidade de informações pessoais.

INTERFERÊNCIAS NA PRIVACIDADE INDIVIDUAL SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O processo de internacionalização dos direitos humanos, que tem como marco inicial o fim da segunda guerra mundial, sempre teve incluída a proteção da privacidade em sua agenda. O art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – o primeiro documento que compreende um compromisso⁴⁹ de proteção internacional a essa categoria de direitos – já dispunha que “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência [...]”. O art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o art. 11(2) da Convenção Americana sobre

⁴⁸ SOLOVE, D. J. op. cit. p. 28.

⁴⁹ Uma noção muito clara subjacente à assinatura da Declaração era a de que não estavam os Estados Signatários diante de um tratado ou outra espécie de acordo com força vinculante ou cogente (*binding force*). Originalmente, seria a Declaração melhor enquadrada na categoria de *soft law* – aqueles documentos que contém compromissos cujas violações a princípio não implicam qualquer consequência jurídica para o Estado violador, muito embora possam, ao longo do tempo, se integrar à prática estatal e eventualmente formar costume internacional. Com efeito, reconhece-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos adquiriu, através desse processo, *status* de costume internacional e, portanto, seus enunciados são obrigações vinculantes de Direito Internacional. Cf. SCHUTTER, Olivier De. **International Human Rights Law**, Cambridge University Press, 2010. p. 50.

Direitos Humanos e o art. 8(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos basicamente repetem o mesmo texto⁵⁰.

Ao elencarem a privacidade à categoria de direito humano, os Estados a posicionam, juntamente com as demais espécies de direitos humanos, em um patamar hierarquicamente superior a obrigações de outra natureza. Com efeito, a Carta da Organização das Nações Unidas, em seu art. 1(3), exalta o “respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais” como um de seus propósitos centrais. Na medida em que o art. 103 da Carta determina que as obrigações nela assumidas devem prevalecer caso conflitem com obrigações contraídas em outro acordo internacional, conclui-se que o dever de proteger direitos humanos tem natureza prioritária⁵¹.

Além disso, é importante notar a natureza peculiar dos tratados de direitos humanos. Possuem eles “caráter objetivo no sentido de que não são redutíveis a trocas bilaterais de vantagens entre os Estados contratantes⁵²”. Isto é, os tratados de direitos humanos não possuem natureza contratual e portanto não podem operar sob a lógica da bilateralidade. Um Estado não pode – ou não faz sentido que ele o faça – “retaliar” ou “protestar” violações de direitos humanos por parte de outros Estados violando ele próprio direitos humanos de seus cidadãos. Isso faz com que o monitoramento e cumprimento das obrigações relativas à direitos humanos sejam mais dificultosos, exigindo a

50 Na Convenção Europeia de Direitos Humanos há uma cláusula adicional no art. 8(2) que prevê as condições para limitações ao Direito de Privacidade: “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

51 A questão da hierarquia da proteção dos direitos humanos sobre outras obrigações é controversa na doutrina jusinternacionalista. A prevalência das obrigações assumidas na Carta da ONU é um dos argumentos concordantes com a superioridade hierárquica dos direitos humanos. Outro argumento sustenta-se na ideia de que algumas espécies de direitos humanos adquiriram o *status de jus cogens* (e.g.: proibição do *non-refoulement* – proibição de fazer retornar a pessoa para o Estado do qual ela se retirou caso haja risco para sua vida ou integridade física e psicológica). Ibidem.

52 SCHUTTER, O. D. op. cit. p. 94. “Human rights treaties have an ‘objective’ character in that they are not reducible to bilateral exchanges of advantages between the contracting States”.

atuação de cortes e outros órgãos internacionais de fiscalização e adjudicação dessa especial categoria de direitos.

O Comitê de Direitos Humanos – órgão da ONU responsável pelo monitoramento do cumprimento dos Pactos Internacionais de 1966 – já se pronunciou sobre a incompatibilidade de atividades de vigilância com a proteção do direito à privacidade:

Vigilância, seja eletrônica ou de outra forma, interceptações de comunicações telefônicas, telegráficas e outras formas de comunicação, escutas e gravação de comunicações devem ser proibidas⁵³.

O Parlamento Europeu – um órgão de natureza política – ao apreciar a existência de um sistema global de interceptação de comunicações transmitidas via satélites, de codinome ECHELON, operado pela rede de compartilhamento de inteligência *Five Eyes* (v. Introdução), ressaltou os riscos que atividades de vigilância impõem sobre a privacidade individual:

Qualquer ato envolvendo interceptação de comunicações, e mesmo a gravação de dados por serviços de inteligência para esse propósito, representa uma séria violação da privacidade de um indivíduo. Somente em um “Estado policial” a interceptação irrestrita de comunicações é permitida por autoridades do governo. Em contraste, nos Estados membros da União Europeia, que são democracias maduras, a necessidade de órgãos do Estado – e, portanto, também dos serviços de inteligência – de respeitar a privacidade individual é inquestionável e é geralmente consagrada em constituições nacionais. A privacidade,

⁵³ UNITED NATIONS. Human Rights Committee, General Comment no 16, **The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honor and Reputation (Art. 17)**, item 8, 8 abril 1988.

então, goza de especial proteção: violações potenciais são autorizadas somente após a análise das considerações jurídicas e de acordo com o princípio da proporcionalidade⁵⁴.

Nas cortes regionais de proteção aos direitos humanos, o direito à privacidade tem recebido tutela tão efetiva quanto a de qualquer outra espécie de direito. A experiência da Corte Europeia de Direitos Humanos nessa tarefa tem relevância particular em razão dos desafios de interpretação impostos pela “cláusula de interferência” no direito à privacidade prevista no art. 8(2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O dispositivo determina que ingerências da autoridade pública no exercício do direito à privacidade somente serão permitidas se: a) previstas em lei e (i) consistirem em medida necessária para a segurança nacional, (ii) para a segurança pública, (iii) para o bem-estar econômico do país, (iv) a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, (v) a proteção da saúde ou da moral, (vi) ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Naturalmente, o direito à privacidade não é absoluto e haverá circunstâncias que devem justificar sua limitação. Não obstante, o texto do art. 8(2) da Carta Europeia parece demasiadamente amplo e vago de forma a possibilitar que qualquer ato estatal possa ser enquadrado em alguma das hipóteses de limitação da privacidade – obviamente, desde que a medida esteja autorizada em lei, como resguarda o texto da Convenção. As dificuldades enfrentadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos no que diz respeito à aplicação do direito à privacidade, dessa forma, se concentra na busca por um

⁵⁴ Traduzido de: “Any act involving the interception of communications, and even the recording of data by intelligence services for that purpose, represents a serious violation of an individual’s privacy. Only in a ‘police state’ is the unrestricted interception of communications permitted by government authorities. In contrast, in the EU Member States, which are mature democracies, the need for state bodies, and thus also intelligence services, to respect individuals’ privacy is unchallenged and is generally enshrined in national constitutions. Privacy thus enjoys special protection: potential violations are authorised only following analysis of the legal considerations and in accordance with the principle of proportionality”. EUROPEAN UNION. European Parliament. **Report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications (ECHELON interception system)**, 2001. p. 83.

adequado equilíbrio entre privacidade individual e outros valores igualmente importantes à coletividade.

Apreciando a legitimidade de atividades de vigilância em especial, a Corte Europeia observou, no caso *Klass e outros v. Alemanha*, que a cláusula de interferência do art. 8(2) da Carta deve ser interpretada de forma restritiva, a exigir que a vigilância secreta sobre cidadãos somente seja tolerada na medida em que for necessária para a salvaguarda das instituições democráticas⁵⁵.

No mesmo sentido, no importante julgado *Rotaru v. Romênia*, a Corte Europeia asseverou que as atividades de vigilância devem observar os princípios de uma sociedade democrática e do Estado de Direito, e serem supervisionadas pelo judiciário que possui melhores condições de garantir imparcialidade, independência e o devido processo legal.

A Corte também deve estar satisfeita com a existência de salvaguardas adequadas e eficazes contra o abuso, uma vez que um sistema de vigilância secreta projetada para proteger a segurança nacional implica o risco de minar ou mesmo destruir a democracia com o pretexto de defendê-la [...] Para que os sistemas de vigilância secreta sejam compatíveis com o artigo 8 da Convenção, devem conter salvaguardas estabelecidas por lei que se apliquem à supervisão das atividades dos serviços relevantes. Procedimentos de supervisão devem seguir os valores de uma sociedade democrática o mais fielmente possível, em particular, do Estado de Direito, o que é expressamente referido no preâmbulo da Convenção. O Estado de Direito implica, entre outras coisas, que a interferência das autoridades do executivo nos direitos individuais devem ser sujeitas a uma supervisão eficaz, que normalmente deve ser

55 “This paragraph, since it provides for an exception to a right guaranteed by the Convention, is to be narrowly interpreted. Powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Klass and Others v. Germany*, Application n° 5029/71, judgment of 6 sep. 1978.

realizada pelo Poder Judiciário, pelo menos em última instância, uma vez que o controle judicial oferece as melhores garantias de independência, imparcialidade e de um procedimento adequado⁵⁶.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Escher e outros v. Brasil*, se pronunciou sobre a compatibilidade de atividades de escutas telefônicas com o direito à privacidade. Segundo a Corte, a proteção à privacidade nesse contexto é manifestada pelo direito de que o conteúdo da conversa e outros aspectos inerentes ao processo de comunicação (por exemplo, o destino e origem das ligações, a identidade dos interlocutores e a frequência e duração da conversa) não sejam ilegalmente obtidos por terceiros – ressalvadas interferências legítimas estabelecidas por lei e que persigam uma finalidade legítima e necessária em uma sociedade democrática⁵⁷. Além disso, a Corte considerou que o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação posicionam o direito à privacidade em situação de risco, exigindo maior

⁵⁶ “The Court must also be satisfied that there exist adequate and effective safeguards against abuse, since a system of secret surveillance designed to protect national security entails the risk of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it [...] In order for systems of secret surveillance to be compatible with Article 8 of the Convention, they must contain safeguards established by law which apply to the supervision of the relevant services’ activities. Supervision procedures must follow the values of a democratic society as faithfully as possible, in particular the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention. The rule of law implies, inter alia, that interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to effective supervision, which should normally be carried out by the judiciary, at least in the last resort, since judicial control affords the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Rotaru v. Romania**, Application n° 28341/95, judgment of 4 May 2000.

⁵⁷ “In brief, the protection of privacy is manifested in the right that individuals other than those conversing may not illegally obtain information on the content of the telephone conversations or other aspects inherent in the communication process [...] Nevertheless, as Article 11(2) of the Convention makes clear, the right to privacy is not an absolute right and can be restricted by the States, provided interference is not abusive or arbitrary; to this end, it must be established by law, pursue a legitimate purpose and be necessary in a democratic society.” INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Escher et al. v. Brazil**, Judgment of July 6, 2009. p. 32.

esforço do Estado para adaptar formas tradicionais de proteção desse direito ao atual paradigma tecnológico⁵⁸.

A breve exposição de trechos das decisões e pareceres de cortes e outros órgãos de proteção aos Direitos Humanos que foi feita nesta seção serve para demonstrar o reconhecimento, por um lado, do importante papel que o direito humano à privacidade assume em um regime democrático mas, por outro, que há circunstâncias que justificam a interferência do Estado na esfera privada do indivíduo. No que diz respeito às atividades de vigilância, que normalmente são justificadas no interesse da segurança pública ou de uma persecução penal, um adequado balanceamento passa pela previsão legal para a interferência, pelo respeito a considerações de proporcionalidade, pela coerência entre a medida Estatal e a finalidade que se persegue – que deve ser compatível com o Estado de Direito – e, principalmente, fiscalização externa da atividade, preferencialmente por um órgão judicial que zele pela imparcialidade, independência e pelo devido processo legal.

Nos limites dessas balizas, nota-se que um dos principais problemas da vigilância quando exercida em escala massiva, notadamente global – como revelaram ser capazes de o fazer os principais serviços de inteligência do mundo – é o fato de não poder se examinar, caso a caso, esses diversos parâmetros para que a interferência à privacidade se mostre legítima. Não é possível, por razões práticas, sujeitar a massiva quantidade de intervenções na privacidade de cidadãos a um rigoroso controle judicial de análise da licitude de cada uma delas, no qual sejam examinadas sua finalidade, proporcionalidade e estabelecidos limites tais como a duração da vigilância e quais informações podem ser armazenadas. Logo, o problema da vigilância em massa não é precisamente sua abrangência, mas sim o atropelamento de garantias que é justificado

58 “Today, the fluidity of information places the individual’s right to privacy at greater risk owing to the new technological tools and their increased use. This progress, especially in the case of telephone interceptions and recording, does not mean that the individual should be placed in a situation of vulnerability when dealing with the State or other individuals. Thus, the State must increase its commitment to adapt the traditional forms of protecting the right to privacy to current times”. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *op. cit.*, p. 32.

pela própria abrangência da atividade. Portanto, o fato de não se poder, por razões práticas, obter um mandado judicial após análise rigorosa da licitude da interferência para cada indivíduo que se queira vigiar é um elemento que depõe contra a escala massiva da vigilância e não a favor da ausência de controle sobre a atividade.

CONCLUSÕES

O advento de sofisticadas tecnologias de armazenamento de dados e de comunicação permitiu a transposição de tradicionais formas de atividades de inteligência para o domínio virtual, e como consequência o desenvolvimento da espionagem cibernética como mecanismo de potencialização de coleta de informações por parte do Estado.

Paralelamente, o ambiente de medo criado pelos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 à maior potência tecnológica e militar do mundo foi extremamente favorável do ponto de vista político à aprovação de sensíveis alterações na legislação que regula as atividades de inteligência no país, o que na maioria das vezes significou mais poder e menos fiscalização para as agências incumbidas da tarefa. A retórica de promoção de segurança nacional, sobre a qual se sustentaram os mais abrangentes programas de espionagem de que até então se tem conhecimento, constrói-se sobre premissas falsas de que o valor “segurança” é superior ao valor “privacidade” e que o interesse em proteger informações pessoais privadas só serve à ocultação de malfeitos, desvios éticos e propósitos criminosos. Reconhece-se que interferências estatais na privacidade individual podem implicar redução de riscos de ataques terroristas e outras atividades criminosas. Todavia, tal medida tem como efeito colateral o aumento do poder do Estado, e há um risco correspondente de que esse acréscimo de poder também seja utilizado para causar dano aos cidadãos.

Portanto, considerando que a privacidade individual é direito tutelado nas principais convenções de direitos humanos, foi necessário verificar a adequação de programas de vigilância em massa com aquela normativa. Verificou-se

que a vigilância estatal em escala massiva só seria legítima caso contasse com previsão legal, zelasse por considerações de proporcionalidade, pela coerência entre a interferência na privacidade e a finalidade que se persegue – que deve ser compatível com o Estado de Direito – e, principalmente, se sujeitar a fiscalização externa da atividade, preferencialmente por um órgão judicial que zele pela imparcialidade, independência e pelo devido processo legal. ✨

REFERÊNCIAS E INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

ANDREW, Christopher. The Making of the Anglo-American SIGINT Alliance. **In the Name of Intelligence: Essays in Honor of Walter Pforzheimer**, p. 95-109, 1994.

BALL, James. NSA monitored calls of 35 world leaders after US official handed over contacts. **The Guardian**, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/oct/24/nsa-surveillanceworld-leaders-calls>> Acesso em 27 maio 2015.

BARRET, David. One surveillance camera for every 11 people in Britain, says CCTV survey. **The Telegraph**, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/10172298/One-surveillancecamera-for-every-11-people-in-Britain-says-CCTV-survey.html>> Acesso em: 26 jun. 2015.

CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. **CIA World Factbook**. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>> Acesso em: 27 maio 2015.

CLIFT, A. Denis. Intelligence in the Internet Era. **Center for the Study of Intelligence**, Central Intelligence Agency, 2003.

DEMAREST, Geoffrey B. Espionage in International Law. **Denver Journal of International Law and Policy**, v. 24, n. 2, p. 321-348, 1996.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Klass and Others v. Germany**, Application no 5029/71, judgment of 6 sep. 1978.

_____. **Rotaru v. Romania**, Application no 28341/95, judgment of 4 May 2000.

EUROPEAN UNION. European Parliament. **Report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications (ECHELON interception system)**, 2001. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+XML+V0//EN>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

GREENWALD, Glenn; GRIM, Ryan; GALLAGHER, Ryan. Top-Secret Document Reveals NSA Spied On Porn Habits as Part of Plan to Discredit ‘Radicalizers’. **The Huffington Post**, 26 nov. 2013. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/2013/11/26/nsa-porn-muslims_n_4346128.html> Acesso em: 28 jun. 2015.

GREENWALD, Glenn; MACKASKILL, Ewen. NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others. **The Guardian**. 7 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>> Acesso em: 27 maio 2015.

HOLLOWAY, David. **9/11 and the War on Terror**, Edinburgh University Press, 2008.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Escher et al. v. Brazil**, Judgment of July 6, 2009.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Statistics**. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>> Acesso em: 08 jun. 2015.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Power and Interdependence in the Information Age. **Foreign Affairs**, v. 77, n. 5, 1998.

KORNBLUT, Anne E. and BENDER, Bryan. Cheney link of Iraq, 9/11 challenged. **The Boston Globe**, ago. 2003. Disponível em: <http://www.boston.com/news/nation/articles/2003/09/16/cheney_link_of_iraq_911_challenged> Acesso em: 12 jun. 2015.

LICHTBLAU, Eric; SANGER, David E. August '01 brief is said to warn of attack plans. **The New York Times**, 10 abril 2004. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2004/04/10/us/august-01-brief-is-said-to-warn-of-attack-plans.html?pagewanted=all&src=pm>> Acesso em: 16 jun. 2015.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos; CUNHA, Naiana Magrini Rodrigues. O Problema da Espionagem Econômica Internacional: Seria a Organização Mundial do Comércio o Foro Adequado para sua apreciação? **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, p. 93-105, 2014.

MCDUGAL, Myres S.; LASSWELL, Harold D.; REISMAN, W. Michael. The Intelligence Function and World Public Order. **Temple Law Quarterly**, v. 46, n.3, pp. 365-448, 1973.

MOORE, Adam D. Toward Informational Privacy Rights. **San Diego Law Review**, v. 44, 2007.

MORAN, Jon; PHYTHIAN, Mark. **Intelligence, Security and Policing Post-9/11: The UK's Response to the 'War on Terror'**. Palgrave Macmillan, 2008.

NISSEMBAUM, Helen. Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public. **Law and Philosophy**, v. 17, 1998.

O'CONNELL, Anne Joseph. The Architecture of Smart Intelligence: Structuring and Overseeing Agencies in the Post-9/11 World. **California Law Review**, v. 94, p. 1655-1744, 2006.

PEN AMERICAN CENTER. **Chilling Effects: NSA Surveillance Drives U.S. Writers to Self-Censor**, 2013.

RADSAN, A. John. The Unresolved Equation of Espionage and International Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 28, p. 595-622, 2007.

RICHARD, Neil M. Four Privacy Myths In: SARAT, Austin [Org.]. **A World Without Privacy: What Law Can and Should Do?** Cambridge University Press, 2015.

RODRIGUEZ, Gabriel. Edward Snowden Interview Transcript. **Policymic**, 9 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.policymic.com/articles/47355/edward-snowden-interview-transcript-full-text-read-the-guardian-sentire-interview-with-the-man-who-leaked-prism>> Acesso em: 27 maio 2015.

ROSEN, Jeffrey. **The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age**. Random House Incorporated, 2005.

SCHUTTER, Olivier De. **International Human Rights Law**, Cambridge University Press, 2010.

SMITH-SPARK, Laura; MULLEN, Jethro. France summons U.S. ambassador after reports U.S. spied on presidents. **CNN**, 24 jun 2015. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2015/06/24/europe/francemikileaks-nsa-spying-claims/>> Acesso em: 24 jun. 2015.

SOLOVE, Daniel J. **Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security**, Yale University Press, 2011.

STATISTA: The Statistic Portal. **Cumulative daily mobile message volume of WhatsApp messenger as of April 2014 (in billions)**. Disponível em: <<http://www.statista.com/statistics/258743/daily-mobile-message-volume-of-whatsapp-messenger/>> Acesso em: 08 jun. 2015.

SUSKIND, Ron. **The One Percent Doctrine**. Simon & Schuster, 2006.

THE GUARDIAN. **The NSA Files**. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/video/2013/jun/09/nsa-whistleblower-edward-snowden-interview-video>> Acesso em: 27 maio 2015.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee, General Comment no 16, **The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honor and Reputation (Art. 17)**, item 8, 8 abril 1988.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Human Rights Council. **Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development**, 24 mar 2015. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/L.27> Acesso em: 27 maio 2015.

UNITED STATES CONGRESS. Congress.gov. H.R. 3162 - **USA Patriot Act**, 2001. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3162/text>> Acesso em: 01 de junho de 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act**, section 118, Stat. 3638, 2004. Disponível em: <https://www.nctc.gov/docs/pl108_458.pdf>. Acesso em 17 jul. 2016.

_____. **FISA Amendments Act**, 2008. Disponível em: <<http://www.intelligence.senate.gov/laws/fisa-amendments-act-2008>>. Acesso em 17 jul. 2016.

_____. **Protect America Act**, 2007. Disponível em: <<http://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/laws/pl11055.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2016.

_____. **The 9/11 Commission Report**, National Commission on Terrorists Attacks Upon the United States, 2004. p. 408-410.

_____. **The National Security Strategy of the United States of America**, The White House, 2002. p. 6. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/63562.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2015.

WALDRON, Jeremy. **Security and Liberty: The Image of Balance**. The Journal of Political Philosophy: v. 11, n. 2, 2003.

WILLIAMS, Robert D. (Spy) Game Change: Cyber Networks, Intelligence Collection, and Covert Action. **The George Washington Law Review**, v. 79, n. 4, 2011.

A face de texto utilizada é Equity, em corpo 11/15pt. Equity é uma face tipográfica criada por Matthew Butterick, originalmente desenhada para ser usada por escritores do ramo legal.

Títulos e citações utilizam a face tipográfica Concourse, por Matthew Butterick, inspirada nas grandes tipografias góticas dos anos 1930, mas com toques de versatilidade e personalidade.

Não imprima desnecessariamente este e-book; economize papel e ajude o meio ambiente.



