

The book cover features a repeating pattern of green arrows. The top half of the cover is filled with arrows pointing downwards, while the bottom half is filled with arrows pointing upwards. The arrows vary in shade, ranging from a bright, vibrant green to a more muted, olive green. The central text is positioned in the white space between the two arrow patterns.

MARCO CIVIL DA INTERNET

Construção e Aplicação

Carlos Affonso Souza

Ronaldo Lemos

Carlos Affonso Souza
Ronaldo Lemos

Marco Civil da Internet

Construção e Aplicação

Editor
2016

Copyright by © Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos
2016

Capa

Thiago Dias
Márcia Geruza

Projeto gráfico

André Luiz Gama

Editoração e impressão

Editar Editora Associada
(32) 3213-2529 / 3241-2670
Juiz de Fora – MG

Dados internacionais de catalogação na publicação

S719m Souza, Carlos Affonso
D544m Lemos, Ronaldo

Marco civil da internet: construção e aplicação /
Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos, Juiz de Fora:
Editar Editora Associada Ltda, 2016.

ISBN: 978-85-7851-156-2

1. Ciência da informação. 2. Internet do Brasil.
I. Título

CDD 004
CDU 004.7

Carlos Affonso Souza

Doutor e Mestre em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Faculdade de Direito da UERJ e da PUC-Rio. Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Pesquisador Visitante do Information Society Project, da Faculdade de Direito da Universidade de Yale.

Ronaldo Lemos

Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito na Universidade de Harvard. Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Professor visitante na Universidade de Columbia.

Sumário

Apresentação	7
A Construção do Marco Civil da Internet	
Introdução: os deuses da cidade de Isaura.....	11
O processo de construção do Marco Civil da Internet	13
Uma questão preliminar: regular ou não regular?.....	14
A consulta sobre o anteprojeto de lei	17
O debate sobre o projeto de lei no Congresso Nacional	22
Questionamentos sobre aplicação da lei.....	29
A regulamentação do Marco Civil através do Decreto 8711/2016	30
Do Brasil para o mundo	32
Uma CPI para a Internet	37
Lições para o futuro	42
Liberdade de Iniciativa e o Marco Civil da Internet	
Investigando o papel da liberdade de iniciativa no Marco Civil	45
Um mercado de duas pontas:.....	53
Inadequação de medidas que proíbem aplicativos:	57
Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso e de Aplicações	
A figura do “provedor”	67
A jurisprudência sobre responsabilidade dos provedores.....	69
O provedor como mero intermediário	70
Por que nos Estados Unidos se processa mais o usuário do que o provedor?	72
As teses pela responsabilidade objetiva do provedor	75
A responsabilidade subjetiva dos provedores	82
Os efeitos da responsabilidade pela não remoção do conteúdo depois da notificação	84
O caso especial dos “provedores de pesquisa”	87
Lições de um precedente argentino	92

A responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet.....	97
Provedores de conexão.....	98
Provedores de aplicações de Internet.....	99
Judicialização e seus efeitos.....	103
Duas exceções ao regime de responsabilização.....	105
Responsabilidade no centro do Marco Civil.....	107
Neutralidade da Rede	
A Internet e sua natureza aberta.....	109
O conceito de neutralidade de rede.....	115
Direito ao Esquecimento	
Contornos do chamado “Direito ao Esquecimento”.....	123
A decisão do Tribunal de Justiça Europeu de 2014.....	125
O cenário brasileiro.....	127
Os projetos de lei sobre direito esquecimento no Brasil....	129
Um passo em falso.....	135
Cibercrimes, Acesso a Dados e o Marco Civil da Internet	
Acesso a dados e o papel do Poder Judiciário.....	138
O combate ao cibercrime e a legislação brasileira.....	142
Cibercrimes e o futuro da regulação da rede.....	145
Conclusão.....	149
Referências bibliográficas.....	151

Apresentação

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12965/2014) foi a primeira iniciativa do Poder Executivo brasileiro que se valeu da rede para ampliar o debate que leva à propositura de um projeto de lei no Congresso Nacional. O objetivo deste livro é justamente entender os motivos que levaram à adoção dessa iniciativa, como se desenrolou o processo de criação colaborativa da lei e, finalmente, olhar para a sua aplicação.

Passados mais de dois anos desde a aprovação do Marco Civil da Internet, não faltam controvérsias sobre a sua interpretação e o destino que os tribunais reservam para alguns dos mais inovadores dispositivos constantes da lei. Desvelar essa aplicação do Marco Civil seria um exercício menos interessante se ele não levasse em conta o processo que gerou o resultado legislativo. Muitas das controvérsias e das questões difíceis que o Marco Civil procura enfrentar podem ser melhor compreendidas se o passado da iniciativa for descoberto e analisado.

É na decisão de se debater de forma multissetorial uma regulação para a Internet no Brasil, que tivesse o respeito aos direitos humanos como guia, que surge muito da identidade que acabou prevalecendo no texto final. O Congresso Nacional tratou de se debruçar sobre vários artigos do projeto de lei, transformando temas até então obscuros, como a neutralidade da rede, em pautas debatidas vivamente no meio especializado e até mesmo na imprensa em geral. Contudo, reduzir a análise apenas ao momento de sua consulta online ou tão somente ao debate no Congresso seria oferecer uma visão reduzida

Trazendo os mais diversos atores para o debate, o resultado encontrado na lei procura apontar a direção para futuras

demandas regulatórias. O intuito principiológico do texto, mantido em grande parte na redação final, projeta a relevância do Marco Civil para o futuro. E nesse futuro já se pôde encontrar iniciativas que se inspiraram na experiência brasileira. A primeira parte do livro passa em revista esse processo de criação da lei e começa a detalhar os seus impactos.

Os capítulos a seguir vão procurar enfatizar algumas das mais vivas discussões decorrentes da aprovação do Marco Civil da Internet. O debate sobre livre iniciativa é o pano de fundo para que se possa aprofundar um dos temas mais controvertidos sobre a aplicação da lei: a proibição e a suspensão de aplicativos. Procurando enfatizar o caráter protetivo das liberdades existente na lei, o capítulo abre a discussão sobre os desafios que uma lei sobre um assunto em constante transformação – como é a Internet – pode enfrentar.

O terceiro capítulo toma como tema principal a evolução da responsabilidade civil dos provedores por conteúdos criados e publicados por terceiros. Esse é o tópico que mais demandou o Poder Judiciário até então no que se refere à aplicação do Marco Civil e por isso ele é tratado no mais alongado dos capítulos. A empresa que explora uma rede social responde pelos textos, vídeos e fotos postados por seus usuários? Os tribunais nacionais precisaram transformar a forma pela qual se decidiam tais casos para se adaptar ao novo texto legal, que não apenas define um tipo de responsabilidade, bem como traz diversos elementos a serem levados em consideração para apreciar os casos de ilícitos cometidos na rede.

Compreendendo o sistema de responsabilização dos provedores, é igualmente relevante entender como o denominado princípio da neutralidade da rede pode guiar a conduta de provedores e dos mais diversos agentes no acesso à rede. Entendida como um dos mais importantes temas sobre regulação da Internet, o capítulo busca definir com mais precisão os contornos da neutralidade, evitando que o tema seja abusado e que se tome por debates sobre neutralidade

aquilo que provavelmente não demandaria uma reflexão sobre o dito princípio.

Um dos assuntos mais debatidos sobre a regulação da rede é o chamado direito ao esquecimento. Os resultados do debate sobre direito ao esquecimento podem ser determinantes para o futuro da rede, especialmente quando se nota que é nesse tema que enfrentamentos sobre os contornos globais da Internet e a soberania nacional dos Países começam a aparecer de forma mais clara.

Por fim, o último capítulo é dedicado ao tema do combate aos cibercrimes e como o Marco Civil da Internet, apesar de ser uma lei de contornos civis, ganha relevo na esfera penal. Um dos temas que mais tensiona essa fronteira é o acesso a dados de usuários demandado por autoridades investigativas. Entender quais são os requisitos para que se dê acesso a esses dados, quais dados são solicitados, como e por quanto tempo eles precisam ser armazenados são algumas das questões envolvidas. O objetivo desse debate é, em última instância, garantir que a legislação brasileira ofereça instrumentos para uma efetiva atividade de investigação de ilícitos, mas sem implicar violações à privacidade dos indivíduos, impor ônus desmesurados sobre as plataformas e, finalmente, comprometer as liberdades geradas pela rede.

Os autores deste livro estiveram envolvidos com a criação do Marco Civil da Internet desde o início da iniciativa. Como parte do grupo que idealizou o anteprojeto de lei e tendo acompanhado o processo de sua construção lado a lado com a equipe governamental, os autores procuram aqui refletir sobre os desafios que a iniciativa enfrentou no passado, os questionamentos que ela (agora como lei federal) procura responder e, olhando mais para a frente, quais são os temas que levarão a discussão sobre regulação da rede adiante no País. É mirando nesse futuro que o presente livro procura analisar o papel do Marco Civil como um condutor relevante desses debates.

A Construção do Marco Civil da Internet

Introdução: os deuses da cidade de Isaura

Isaura, a cidade dos mil poços, teria sido construída em cima de um suposto lago subterrâneo. Os eventuais limites do lago espelhavam as fronteiras da cidade acima. Para obter água, o único recurso dos moradores era escavar longos poços retilíneos terra abaixo. Com o tempo, duas religiões surgiram na cidade: uma acreditava que os deuses moravam na escuridão do lago subterrâneo, enquanto outra dizia que eles estavam mesmo nos baldes, nas roldanas e em toda sorte de engenhoca que abastecesse as casas de água.

As Cidades Invisíveis, de Italo Calvino, é uma fonte inesgotável de figuras que nos permitem compreender as relações humanas através dos relatos de cidades fantásticas que Marco Polo narra para Kublai Khan.¹ No caso da cidade de Isaura, uma série de perguntas ajuda a compreender o complexo objeto desta introdução.

As incertezas e as dúvidas que pairam na fantasiosa cidade sobre a existência de deuses no lago subterrâneo, para sempre aprisionados “sob o céu calcário das rochas”, não são muito diferentes daquelas que cercam o usual (des)conhecimento sobre as partes interessadas e envolvidas na criação de uma lei. A quem interessa a edição da lei? Quem incentivou a sua criação? A resposta geralmente oferecida pela análise do processo legislativo ofereceria poucas evidências.

¹ CALVINO, Italo. *As Cidades Invisíveis*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

Mesmo que pudessem ser identificados os atores interessados na criação da lei, como mapear as suas contribuições? Grande parte das vezes, o único material disponível, além do resultado final que é o próprio texto da lei, são os pareceres das comissões nas quais o projeto tramitou. É muito pouco. Ao contrário daqueles que enxergavam deuses na escuridão do lago, satisfazer-se apenas com o texto aprovado e demais documentos oficiais aproxima-se de um interesse que se esgota no fato de que um balde voltou com água depois de imerso no poço.

É preciso desvendar mistérios e ir além do interesse que ora mira o lago (que nunca se sabe de que tamanho é) e ora mira o balde, não se interessando pela fonte que abastece o recipiente. Não apenas existem questões a serem aprofundadas em ambas as pontas da operação (conhecer as fontes e entender o seu resultado), como ainda é preciso dedicar maior atenção ao caminho que une as duas extremidades.

Como as fontes identificadas participam da produção legislativa? Que contribuições fizeram? Foram elas consideradas para a redação do texto final da lei? Em caso contrário, foi articulado o motivo pelo qual se decidiu por uma direção em detrimento de outra?

O presente capítulo se interessa tanto pelo lago como pelo balde, mas confere especial destaque ao caminho que os poços subterrâneos cavam por dentro da terra para alcançar o objetivo desejado pelo engenho humano. É nesse percurso que se pode desvelar aspectos fundamentais para a criação da lei e que podem ser determinantes para a sua aplicação.

Faculdades de Direito não usualmente conferem exclusiva atenção ao texto da lei já em vigor, perdendo assim a oportunidade de compreender como esse texto foi efetivamente construído. Quanto mais transparente e aberto for esse processo, mais ricos serão os estudos que permitem compreender de modo mais abrangente o processo de criação e aplicação das leis.

É justamente nesse ponto que se coloca o objeto deste livro, o chamado “Marco Civil da Internet”, nome pelo qual ficou conhecida a Lei Federal nº 12965/2014. Essa lei é o resultado da primeira experimentação em larga escala da rede como forma de ampliar o universo de atores que participam do processo de construção legislativa. Ao usar a Internet para radicalizar o componente democrático da rotina legislativa, o Marco Civil abriu uma série de possibilidades, ao mesmo tempo em que realçou importantes questionamentos sobre o modo pelo qual as leis são feitas.²

Ao disponibilizar uma plataforma aberta para que todos os interessados pudessem compartilhar as suas opiniões e expertise sobre os temas em debate, o Marco Civil inaugurou um novo momento de transparência na formação do processo legislativo. Sempre se soube que a água que vinha dos poços chegava em cima de algum lugar, mas agora era possível jogar luz no poço e enxergar o caminho de onde provém a água. Não se tinha mais apenas os baldes e as roldanas, mas sim um percurso completo para ser descoberto.

O processo de construção do Marco Civil da Internet

O Marco Civil se desenhou a partir de uma consulta pública feita pela Internet, iniciada em 2009, e tramitou no Congresso Nacional entre 2011 e 2014. O projeto de lei passou pelo controle e revisão de diferentes setores da sociedade, entre empresas, organizações da sociedade civil, ativistas e comunidade técnica.

² SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; VIOLA, Mario (eds.), *Understanding Brazil's Internet Bill of Rights*. Rio de Janeiro: ITS Rio, 2015 (<http://itsrio.org/projects/english-understanding-brazils-Internet-bill-of-rights/>), acessado em 15.10.2016. Vide ainda O'MALEY, Daniel, *Networking Democracy: Brazilian Internet Freedom Activism and the Influence of Participatory Democracy* (<http://ssrn.com/abstract=2757853>), acessado em 15.10.2016).

Por ter sido justamente a primeira iniciativa a usar a rede para ampliar a gama de atores envolvidos na construção de uma proposta legislativa, muitos dos acertos e erros do processo foram sendo assimilados ao longo da trajetória. Desde a sua concepção, em 2007, até a efetiva aprovação da lei, em 2014, foram sete anos de desenvolvimento de um debate aberto com a sociedade.

Entender esse processo significa não apenas conhecer os fatos, abaixo descritos, que marcam a trajetória dessa iniciativa, mas é também compreender quais interesses estavam em jogo, como eles foram articulados e terminaram (ou não) sendo contemplados no texto final da lei.

Uma questão preliminar: regular ou não regular?

Uma decisão prévia ao início do processo que gerou o Marco Civil da Internet é fundamental para conformar a iniciativa como um todo: seria mesmo preciso uma lei para tratar das questões ligadas ao exercício de direitos na rede? Qual a eficácia de um instrumento legal em tempos de progresso tecnológico cada vez mais veloz?

Nos anos noventa, John Perry Barlow marcou definitivamente a discussão ao editar a sua “Declaração de Independência do Ciberespaço”. Ao enunciar as virtudes decorrentes da própria existência de um espaço virtual para o fluxo livre de informações, o autor conclamava os Estados a não interferir com o desenvolvimento da rede através de regulações de qualquer espécie.³

Mas a conformação de um comportamento não nasce apenas da imposição de regras por parte do Estado. Ao se decidir não regular através da atuação estatal, outras formas

³BARLOW, John Perry. “A Declaration of the Independence of Cyberspace” (www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence, acessado em 15.10.2016).

de regulação passam a disputar o espaço de condicionamento das condutas humanas. Nesse sentido, Lawrence Lessig, ainda nos anos noventa, sugeriu que nesse cabo de guerra regulatório de quatro pontas, além do Estado com suas normas jurídicas, competiam também a lógica econômica, as restrições sociais e, por fim, a própria tecnologia, que pode tanto permitir como proibir um comportamento através da arquitetura.⁴

O panorama traçado por Lessig evidenciou como a eficácia da transformação no modo como a tecnologia é disponibilizada pode ser mais determinante do que a aprovação de um texto legal para incentivar ou coibir certo comportamento. “O código (de programação) é a lei” tornava-se assim um repetido mantra nos ciclos de debate sobre o futuro da regulação da rede.

Mas como garantir que as liberdades experimentadas justamente pelo desenvolvimento da Internet não sejam erodidas no cabo de guerra acima descrito? É nessa direção que caminha a lógica de uma regulação que seja ao mesmo tempo apoiada na reafirmação de direitos humanos e construída em bases principiológicas para que possa durar.

Um foco de resistência ao Marco Civil da Internet (e à edição de normas jurídicas para disciplinar relações travadas através da rede como um todo) provém de uma sensação de desconforto experimentada sobretudo nos circuitos de debates da comunidade técnica com a necessidade da regulação.

Essa descrença na utilidade (ou a crença nos prejuízos) resultante da atividade legislativa no que diz respeito à tecnologia e à Internet é disseminada (e até em grande parte justificada).

Não é preciso que existam novas leis para cada nova tecnologia, assim como cada nova implementação tecnológica ou ferramenta do momento não deve impulsionar os legisladores

⁴ LESSIG, Lawrence. “The Law of Horse: what CyberLaw might teach” (1999) 113 HLR 501.

a sacar alterações no ordenamento jurídico que podem parecer pertinentes agora, mas cuja atualidade e funcionalidade está fadada a se perder com a mesma velocidade com que a tecnologia se transforma.

Por outro lado, é preciso que a regulação (e aqui se faz referência expressa à lei) possa preservar os direitos fundamentais e garantir que o desenvolvimento tecnológico se torne um elemento que aprimore o desenvolvimento da personalidade e as condições econômicas e sociais dos indivíduos e coletividades, e não o contrário.⁵

Muito se fala em “Internet freedom”, que poderia ser traduzido como “Internet livre”. Um primeiro entendimento sobre o que significa uma Internet livre pode estar ligado à ideia de que essa seria uma Internet sem leis. A liberdade aqui consistiria justamente na inexistência de leis (ou normas jurídicas) que determinassem qualquer rumo ao desenvolvimento tecnológico.

Ao contrário do que a ideia acima propugna, o Marco Civil da Internet apresenta um novo cenário no qual o conceito de “Internet livre” está ligado não à ausência de leis, mas sim à existência de leis que possam garantir e preservar as liberdades que são usufruídas por todos justamente por causa da tecnologia e mais especificamente pelo desenvolvimento da Internet.

Foi com essa motivação que o Marco Civil foi concebido: como uma lei que pudesse preservar as bases para a promoção das liberdades e dos direitos na Internet no Brasil. Distanciando-se assim de uma regulação repressiva da rede, o Brasil ofereceu um dos mais simbólicos exemplos que anima os debates globais sobre uma regulação da rede que tenha os direitos humanos como o seu fio condutor e que mantém o caráter principiológico para evitar uma caducidade precoce de seus dispositivos.

⁵ RODOTÀ, Stefano. *La Démocratie Électronique: de nouveaux concepts et expériences politiques*. Rennes: Apogée, 1999; p. 185.

A consulta sobre o anteprojeto de lei

O Marco Civil foi criado como parte de uma reação pública forte contra um projeto de lei sobre crimes cometidos através da Internet no Brasil. O PL nº 84/99, de autoria do Deputado Luiz Piauhyllino, recebeu um substitutivo do Senador Eduardo Azeredo que culminou com a associação do Senador (e posteriormente Deputado) com o destino do projeto. A partir de 2007, o projeto de lei passou até mesmo a ser apelidado de “Lei Azeredo”. Caso tivesse sido aprovado, o projeto teria estabelecido penas de até quatro anos de prisão para quem violasse os mecanismos de proteção de um telefone celular (“jailbreak”) ou para quem transferisse músicas de um CD para outros dispositivos.

Com um alcance tão amplo (que se aproximava das discussões sobre os projetos de lei SOPA e PIPA nos Estados Unidos), o projeto de lei teria transformado em criminosos milhões de usuários de Internet no Brasil. Mais ainda, ele teria restringido oportunidades de inovação, lançando à ilegalidade práticas necessárias para atividades típicas de pesquisa e desenvolvimento.

Amplamente movido, o movimento de reação surgiu contra a Lei Azeredo. Um dos primeiros grupos a levantar a sua voz foi o setor acadêmico. Esse grupo foi então seguido por uma forte mobilização social, que incluiu uma petição on-line que, em curto prazo, recebeu cento e cinquenta mil assinaturas.⁶ O Congresso, em seguida, tomou conhecimento da reação e, graças à mobilização, iniciou uma discussão sobre o tema no Poder Legislativo.

As vozes contra a “Lei Azeredo” foram muitas. No entanto, não houve consenso sobre que alternativa deveria ser defendida. Se um projeto de lei criminal não era a melhor

⁶ A petição original contra a “Lei Azeredo” estava hospedada no site <www.petitiononline.com/veto2008/petition.html>. Seu conteúdo ainda pode ser acessado em <www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Em-defesa-da-liberdade-e-do-conhecimento-na-Internet-brasileira/4/14135> (acessado em 15.10.2016).

maneira de regular a Internet no Brasil, então qual deveria ser a alternativa? Em maio de 2007, um artigo na Folha de São Paulo trazia a proposta de que, em vez de um projeto de lei criminal, o Brasil deveria ter um “marco regulatório civil” para a Internet, um “Marco Civil”⁷. Essa foi a primeira vez que o termo apareceu em público.

A noção de que um “Marco Civil” poderia se opor às iniciativas de caráter penal/repressivo então dominantes no Congresso Nacional precisava ainda receber a adesão da seara governamental caso quisesse seguir em frente com maior força. Já apoiado por integrantes do setor acadêmico e da sociedade civil, o discurso em apoio ao Marco Civil chega ao governo e se consolida efetivamente em 2009.

Ao discursar no Fórum Internacional Software Livre, realizado em Porto Alegre, o então presidente Luis Inácio “Lula” da Silva, assevera que o Brasil não precisaria de uma legislação penal para a Internet e que a melhor saída seria a alteração do Código Civil para dispor sobre direitos na rede.⁸

Ainda que formulada inicialmente como uma “alteração do Código Civil”, a mensagem presidencial era clara no sentido de privilegiar uma abordagem de direitos civis em detrimento de uma linguagem repressiva para a regulação da rede no Brasil.⁹ O Ministério da Justiça convidou então um grupo de professores, incluindo os autores deste livro, para criar um processo aberto e multissetorial para a elaboração de uma maneira alternativa de regular a Internet. Ficou claro para os envolvidos que não se poderia regular a Internet sem usar a própria rede para esse fim.

⁷ Folha de São Paulo. “Internet Brasileira Precisa de Marco Regulatório Civil” (<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>, acessado em 15.10.2016).

⁸ Uma gravação do discurso pode ser encontrada em <www.youtube.com/watch?v=g9YKmaXvhQM>, acessado em 15.10.2016.

⁹ LEMOS, Ronaldo. “Uma breve história da criação do Marco Civil” in DE LUCCA, Newton *et al* (eds), *Direito & Internet III: marco civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)*, tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015; p. 83.

Tendo em vista o potencial da rede para fazer convergir diferentes pontos de vista, diversas especialidades, a plataforma online “Cultura Digital”, desenvolvida na época pelo Ministério da Cultura, foi customizada para receber a primeira consulta sobre um anteprojeto de lei que pudesse se valer das características da própria Internet. Justamente por ter sido a primeira experiência do governo brasileiro com o uso de plataformas online para incrementar o processo de criação legislativa, muitas das lições aprendidas com a iniciativa foram depois implementadas e aperfeiçoadas em futuras proposições.¹⁰

Não seria um exagero dizer que a primeira consulta do Marco Civil da Internet foi artesanal. A qualificação aqui vai no sentido de que, transcorridos quase dez anos após a sua concepção e implementação, percebe-se como o uso da Internet para a promoção de consultas visando a criação de leis foram aperfeiçoadas não apenas no Brasil, como também ao redor do mundo. Em 2009, não havia a atual extensão de ferramentas, metodologias e melhores práticas que ajudam as consultas atuais a percorrer um mapa já navegado de roteiros e experiências pretéritas.

Em que consistia então a consulta do Marco Civil da Internet? Em 2009, percebendo a necessidade de se criar uma legislação principiológica que pudesse estabelecer os padrões para aplicação dos direitos fundamentais na rede, tornou-se igualmente claro que esse resultado não poderia ser obtido sem a inclusão das mais diversas perspectivas sobre o tema.

¹⁰ Depois do Marco Civil diversas iniciativas foram desenvolvidas pelo Governo Federal para se valer da Internet como meio de debate sobre propostas a serem encaminhadas ao Congresso. Podem ser destacadas, dentre outras, a consulta sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (<http://culturadigital.br/dadospessoais/>), a reforma da Classificação Indicativa (<http://culturadigital.br/classind/>), além do debate sobre alterações no Código de Processo Civil. Na seara do Poder Legislativo vale destacar a utilização do website e-democracia (<http://edemocracia.camara.gov.br/>) para promover debates e aumentar a transparência e a participação dos interessados no processo legislativo. Todos os sites referidos foram acessados em 15.10.2016.

A plataforma online através da qual se deu a consulta do Marco Civil ultrapassou o recurso tradicional à realização de audiências públicas como janelas para permitir o influxo de contribuições técnicas por parte da sociedade no processo de criação de leis. Ao abrir a possibilidade de que qualquer pessoa pudesse expressar a sua opinião sobre o tema em discussão, uma emergente noção de participação cidadã na construção das leis, através da Internet, começava a ser desenhada.

O processo de consulta pública foi dividido em duas fases. Na primeira, que teve início em outubro de 2009 e durou pouco mais de 45 dias, foi submetido à apreciação da sociedade um texto que continha princípios gerais para a regulação da rede. Os participantes puderam detalhar esses princípios e propor novos temas a serem abarcados em uma futura legislação.

Durante essa primeira fase de consulta, foram recebidos mais de 800 comentários, que foram sistematizados e traduziram-se no texto do anteprojeto, posto em consulta pública na plataforma online por, inicialmente, mais 45 dias. Atendendo a pedidos diversos, essa segunda etapa foi prorrogada por uma semana e encerrou-se no dia 30 de maio de 2010.

Uma vez identificados os temas que seriam relevantes para a edição da lei, o Ministério da Justiça ofereceu uma primeira minuta à consideração do público. Mais uma vez, a plataforma foi aberta para que qualquer interessado pudesse expressar a sua opinião sobre a redação proposta, sugerindo ainda alterações que pudessem aperfeiçoar o texto sugerido.

Na última fase, houve, aproximadamente, 1.200 comentários ao texto. Além de indivíduos e organizações da sociedade civil, participaram também empresas e associações ligadas à indústria de conteúdo, tanto nacionais como estrangeiras, o que aumentou a diversidade de opiniões e, ao final, aumentou a responsabilidade na compilação e organização dos pontos de vista expostos durante o processo.

Essa segunda fase da consulta do Marco Civil da Internet se mostrou especialmente interessante por ter proporcionado

de forma praticamente inédita as condições para que pleitos que geralmente seriam conduzidos pelos agentes interessados durante o processo legislativo fossem expostos publicamente. Assim, as opiniões, críticas e sugestões de alterações no texto da futura lei não estavam mais reservadas a notas técnicas distribuídas em gabinetes, mas sim transformadas em contribuições concretas que poderiam ser revistas e comentadas por todos os interessados, como em um típico fórum de discussão na Internet.

Nesse ponto é importante afirmar que a consulta inaugural do Marco Civil, dividida nas referidas duas fases, foi conduzida como uma experiência acompanhada de perto pela equipe de coordenação. Reuniões cada vez mais frequentes buscavam analisar o desenvolvimento da consulta, a polarização dos argumentos, as tendências apresentadas pelos comentários e etc. Longe de ter sido orientada por uma metodologia testada e aprovada, muitas das práticas conduzidas na época tinham por foco não apenas absorver o máximo das contribuições submetidas, mas também aprimorar os mecanismos de participação.

Como fazer com que a comunidade interessada efetivamente participe? Que forma de *feedback* é preciso ser feita para que os participantes saibam que as suas contribuições foram analisadas? Como estimular a participação de forma contínua na plataforma e não apenas pontualmente com a submissão de uma proposta fechada? Como garantir que diferentes vozes sejam ouvidas durante a consulta? Como apresentar o resultado de modo a contemplar as contribuições que foram instrumentais para o texto final?

Essas foram as questões que motivaram um olhar cuidadoso não apenas sobre o conteúdo das contribuições, mas também sobre a forma pela qual os mais diversos agentes participaram do processo.

Fato relevante e que merece ser mencionado foi a realização de um balanço parcial do debate ocorrido na metade da segunda fase. Até aquele momento os tópicos

mais debatidos diziam respeito à proposta de um mecanismo voluntário que garantia aos provedores de serviços Internet a isenção de responsabilidade quanto a conteúdo publicado por terceiros. A referida isenção, porém, teria como condição a adoção voluntária de um mecanismo de resposta a notificações extrajudiciais – tanto daquele que se sentisse prejudicado quanto daquele que desejasse, identificando-se, garantir a permanência de seu conteúdo publicado. No entanto, várias manifestações apontaram as dificuldades de implementação de um mecanismo desta natureza, em particular sobre os eventuais riscos a direitos constitucionalmente garantidos, como a liberdade de expressão.

Assim, como evidência de que o debate era de fato aberto e colaborativo, uma nova redação foi elaborada a partir das diversas contribuições recebidas. A responsabilidade dos provedores de serviços Internet por conteúdos publicados por terceiros ficou condicionada ao recebimento e descumprimento de ordem judicial específica, ou seja, somente após a decisão de um juiz os provedores ou equivalentes seriam obrigados a remover conteúdos de terceiros, tais como comentários anônimos em um blog, *tweets*, entradas de fóruns ou vídeos postados pelos usuários.

Uma vez construído um texto final a partir das duas fases dessa primeira consulta, um projeto de lei foi encaminhado ao Congresso Nacional em 2011. A seguir, vieram três anos de tramitação legislativa que resultou na aprovação da Lei n. 12.965, em 2014.

O debate sobre o projeto de lei no Congresso Nacional

A tramitação do Marco Civil no Congresso Nacional atravessou diversos desafios, notadamente aqueles que implicaram modificações na redação do texto que havia saído

da consulta pública. Temas como privacidade, proteção de dados, neutralidade da rede, responsabilidade de provedores e direitos autorais foram objeto de intenso trabalho legislativo.

Antes de chegar ao Congresso Nacional, todavia, é importante destacar um momento de inflexão ocorrido entre o término da consulta online e o efetivo envio do texto ao Poder Legislativo. Pouco mais de um ano se passou entre os dois momentos e nesse período surgiram questionamentos sobre o resultado da iniciativa que havia mobilizado tantos atores.

A razão geralmente mencionada para essa demora no preparo e envio do texto resultante da consulta recai sobre o momento de transição que vivia o Governo Federal. A presidente Dilma Rousseff sucedia o ex-presidente Lula e embora sendo do mesmo partido, a composição de um novo governo, com mudanças significativas na equipe ministerial e em suas secretarias, teria gerado o atraso na preparação do texto final do Marco Civil.

Embora essa explicação tenha sido recebida inicialmente com naturalidade, a formação ministerial do governo Dilma Rousseff acabou desenhando um quadro no qual algumas das oposições ao texto do Marco Civil passavam a obter maior representação. Digno de nota nesse momento foram as escolhas do Ministro Paulo Bernardo, para o Ministério das Comunicações, e de Ana de Hollanda, para o Ministério da Cultura.

Por diferentes motivos, ambos os ministros terminavam por simbolizar descontentamentos bastante nítidos naquele instante com o texto apresentado pela para consulta pública. O Ministro das Comunicações por diversas vezes manifestou divergências com a forma pela qual o dispositivo sobre neutralidade da rede estava redigido. Já a Ministra da Cultura defendeu interesses de um segmento da classe artística que via, no Marco Civil, um retrocesso para a proteção dos direitos autorais (justamente por promover um sistema de responsabilização de provedores de aplicações na rede que fugia da lógica da “notificação e retirada”).

Esse impasse inicial nos primeiros anos do governo Dilma Rousseff não apenas evidencia as naturais divisões existentes dentro do governo, como também revela a fragilidade dos mecanismos de participação popular para a formulação de políticas públicas. Depois de uma longa consulta online, que de forma inédita buscou convergir os interesses mais diversos, estava nas mãos do corpo ministerial a decisão pelo envio de um texto final para o Congresso Nacional.¹¹

Finalmente, após pouco mais de um ano de impasses internos no Governo, o texto foi encaminhado ao Congresso Nacional como um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo (PL nº 2.126/2011). Recebendo a relatoria do Deputado Alessandro Molon, o projeto passou pelos debates regulares em diversas comissões. Não surpreendentemente, neutralidade da rede e direitos autorais foram dois dos assuntos mais debatidos e que usualmente eram apontados como pontos de discordância que impediam o acordo para aprovação do projeto.

Esse primeiro momento de impasses sobre o projeto de lei dura de 2011 até 2013. O ano de 2013 foi especialmente conturbado para a política brasileira dada a realização de inéditas manifestações públicas de descontentamento com os rumos do País. Ainda que de forma pouco coordenada e direcionada a objetivos múltiplos, as chamadas “jornadas” de junho de 2013 alertaram o governo sobre a demanda existente na sociedade por maior participação na formulação de políticas públicas. Não por outro motivo uma das respostas apresentadas

¹¹ Segundo Dan O’Malley: “Ativistas demonstraram frustração nesse momento quando a sua participação em moldar políticas governamentais parecia não desejada e o anteprojeto não caminhava. Eles com razão consideravam que o Marco Civil não parecia mais ser uma prioridade para a administração da presidente Rousseff. Esse atraso comprova o fato de que apesar do experimento com democracia participativa ter aberto oportunidades para engajamento de um pequeno número de ativistas, ele não mudou a estrutura de poder concernente à tomada de decisões no governo.” (in *Networking Democracy: Brazilian Internet Freedom Activism and the Influence of Participatory Democracy*, <http://ssrn.com/abstract=2757853>, acessado em 15.10.2016; p. 64).

pelo governo após as manifestações foi o desenvolvimento do portal Participa.br, que buscava justamente aprimorar os canais de comunicação e de participação popular.

Mas, além das manifestações de 2013, outro fator foi especialmente determinante para o encaminhamento do Marco Civil da Internet. Trata-se das revelações feitas por Edward Snowden sobre o desenvolvimento de programas governamentais de espionagem, e em especial voltados para o governo brasileiro. De forma surpreendente, o Marco Civil foi escolhido como parte da resposta nacional aos escândalos envolvendo o aumento indiscriminado de vigilância e espionagem.¹²

Vale dizer que efetivamente havia pouco no Marco Civil da Internet que atacasse diretamente as questões envolvidas nos escândalos de espionagem, mas uma vez eleito pelo governo como uma ferramenta de resposta à situação colocada, o texto legal passou por algumas modificações.

Duas foram as mudanças mais significativas empreendidas no texto do projeto de lei. A primeira dizia respeito ao incremento do atual artigo 7º, que trata da proteção da privacidade e dos dados pessoais. Compreensivelmente, ao Marco Civil foram acrescidos dispositivos que traziam para o corpo do projeto questões envolvendo a coleta e o tratamento de dados pessoais. Vale lembrar que o Brasil não possui uma lei geral de dados pessoais e, sendo assim, os dispositivos então inseridos no Marco Civil inauguravam o tratamento da tutela de dados no que diz respeito à rede no País. Até então se contava apenas com dispositivos ora muito genéricos, como o constante do artigo 21 do Código Civil, ora muito setoriais, como o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor.

¹² Senado Federal 'Marco Civil da Internet foi reação a denúncias de Snowden' <www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/espionagem-cibernetica/propostas-senadores-querem-inteligencia-forte/marco-civil-da-Internet-foi-reacao-brasileira-a-denuncias-de-snowden>, acessado em 15.10.2016.

Já havia em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei que procuravam criar algo assemelhado à uma lei geral de proteção de dados. Mais especificamente, o Ministério da Justiça havia realizado uma consulta em moldes similares àqueles utilizados para a consulta do Marco Civil para se criar um projeto de lei colaborativo sobre dados pessoais.¹³ Tendo em vista que o Marco Civil parecia ser uma alternativa que mais rapidamente poderia ser convertida em lei, alguns dispositivos desse anteprojeto de lei que havia sido posto em consulta pelo Ministério da Justiça acabaram migrando para o corpo do Marco Civil.¹⁴

Embora salutar, por ampliar a proteção da privacidade e dos dados pessoais no País, a inserção de dispositivos removidos de um complexo orgânico do qual faziam parte (leia-se a futura lei geral de dados pessoais) fez com que alguns artigos viessem a enfrentar críticas, como é o caso do requerimento de consentimento expresso para a coleta de dados pessoais sem a migração das correspondentes exceções à regra (comuns em leis gerais sobre proteção de dados), o que termina por restringir as formas pelas quais dados pessoais podem ser coletados e tratados.

¹³ Uma primeira consulta pública para angariar comentários sobre uma lei geral de dados pessoais foi realizada em 2011, utilizando-se a mesma plataforma Cultura Digital (<http://culturadigital.br/dadospessoais/>, acessado em 15.10.2016). Uma segunda consulta foi realizada em 2015 através do portal "Pensando Direito" (<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/>), acessado em 15.10.2016).

¹⁴ Conforme esclarece Rebeca Garcia: "É bem verdade que o Brasil ainda continua sem uma lei nacional de proteção de dados, e o Marco Civil da Internet claramente não veio preencher esse espaço; seu espírito e seu escopo são outros. De todo modo, o Marco Civil da Internet estabelece importantes princípios e coloca em posição de destaque a proteção da privacidade e dos dados pessoais do usuário. Com efeito, a lei assegura aos usuários o direito à proteção da privacidade e a informações claras e completas sobre a coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de dados pessoais, e garante também que os dados pessoais não serão transferidos a terceiros, salvo expresso consentimento ou determinação legal." ("Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas", in Revista dos Tribunais n° 964 (fevereiro de 2016); p. 163.

Além do ingresso dos dispositivos sobre privacidade, um segundo tema que passa a constar dos debates sobre o Marco Civil é a possibilidade de se obrigar empresas estrangeiras que colem dados pessoais de brasileiros a manter servidores no Brasil. Esse dispositivo de localização forçada de dados foi bastante comentado por ser, na época, um desejo expresso do governo federal como resposta aos escândalos de espionagem.

Muitas críticas foram levantadas a esse dispositivo, alertando sobre o risco de fragmentação da rede e isolacionismo que terminaria sendo imprimido no Marco Civil da Internet.¹⁵ Ao final, o governo reconheceu o desacerto da medida e nenhum dispositivo do projeto de lei terminou seguindo adiante com a exigência de localização forçada de dados.

Dessa forma, das duas alterações mais relevantes que chegaram a ser propostas, apenas a inserção de artigos sobre proteção de dados efetivamente seguiu adiante.

Com o impulso gerado pelos escândalos de espionagem, os dois temas mais controvertidos nos debates na Câmara dos Deputado, passaram também por uma fase de acordo que pudesse levar o texto para aprovação.

No que diz respeito aos direitos autorais, ao artigo 19, que trata da responsabilidade dos provedores de aplicações pelos conteúdos gerados por seus usuários, foi inserida provisão que esclarece que esse entendimento não será aplicável de imediato às violações de direitos autorais na rede. O parágrafo segundo do artigo 19, na redação então proposta e depois aprovada, esclarece que o mecanismo de responsabilidade por violações a direitos autorais será aquele constante da lei própria sobre direitos de autor.

Como a atual Lei de Direitos Autorais no Brasil (Lei nº 9610/98) não trata da questão das violações ocorridas pela Internet, o tratamento do tema fica a cargo da jurisprudência.

¹⁵ Vide a reportagem de Bruce Douglas, "Brazil's plan to isolate its Internet is a terrible idea" (Motherboard, 14.11.2013) <<http://motherboard.vice.com/blog/why-brazils-new-Internet-law-is-stupid>> , acessado em 15.10.2016.

Antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, os tribunais aplicavam a lógica da “notificação e retirada” para responsabilizar os provedores caso recebessem uma notificação sobre conteúdo ilícito e falhassem em removê-lo. Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela não aplicação desse modelo em favor de uma análise focada na existência de responsabilidade contributiva ou vicária para responsabilizar os provedores pelos atos de seus usuário.¹⁶ Comentaremos esse tema em capítulo próprio.

No que tange à neutralidade da rede, a cláusula geral sugerida no atual artigo nono do Marco Civil acabou preservada, sendo acrescido no artigo 2º a tutela da “liberdade dos modelos de negócio promovidos na Internet”, desde que não conflitem com os demais princípios da lei.

Superados os debates decorrentes dos escândalos de espionagem (privacidade e localização forçada), além dos dois principais entraves para um acordo sobre o texto da lei (direitos autorais e neutralidade), o texto do Marco Civil foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, na sequência, seguiu para a apreciação no Senado Federal.

Dentre os apoios internacionais recebidos pela proposta, vale destacar a declaração divulgada por Tim Bernes-Lee, reconhecido como um dos pais da Internet pela criação do WWW. Segundo o autor, “[c]omo a Web, o Marco Civil foi construído por seus usuários - o processo inovador, inclusivo e participativo resultou em uma política que equilibra os direitos e as responsabilidades dos indivíduos, governos e empresas que utilizam a Internet. Logicamente ainda há discussão em torno de algumas áreas, mas o projeto de lei reflete a Internet como deveria ser: uma rede aberta, neutra e descentralizada, na qual os usuários são o motor para a colaboração e para a inovação.

¹⁶ Sobre o tema, vide Felipe Busnello e Giancarlo Frosio, “Brazilian Supreme Court adopts common law tests in intermediary liability copyright case” (Center for Internet and Society, 24.06.2015) <<https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/06/brazilian-supreme-court-adopts-common-law-tests-intermediary-liability-copyright-case>>, acessado em 15.10.2016.

É elogiável que o projeto tenha entre seus fundamentos a garantia dos direitos humanos tais como a privacidade, a cidadania, a preservação da diversidade e da finalidade social da web.”¹⁷

O Marco Civil foi aprovado de forma bastante célere no Senado Federal.¹⁸ De forma simbólica, o texto da lei foi finalmente sancionado pela presidente na abertura da Conferência NetMundial, que reuniu, no Brasil, diversas delegações internacionais para debater o futuro da governança da Internet. A lei entrou em vigor em 23 de junho de 2014.

Questionamentos sobre aplicação da lei

Uma vez transformado em lei federal, o Marco Civil passou a ser aplicável por juízes em casos concretos, a pautar legisladores em futuras leis sobre o tema e a inspirar transformações também no cenário internacional.

Se a maioria dos seus dispositivos era, de início, auto-aplicável, algumas questões dependiam ainda de regulamentação futura. Essa regulamentação acabaria vindo através do Decreto 8711, de 2016, editado na última semana do governo Dilma Rousseff, que enfrentava então um processo de impeachment.

Além da regulamentação interna, outros desafios foram colocados à aplicação da lei que guardam relação direta com o modo pelo qual a mesma foi concebida. Para os fins deste capítulo, destacam-se o impacto do Marco Civil em experiências internacionais que se apoiam na iniciativa brasileira ou dela colhem inspiração.

¹⁷ <http://webfoundation.org/2014/03/marco-civil-statement-of-support-from-sir-tim-berners-lee/> (acessado em 20.08.2016).

¹⁸ Uma curiosidade da tramitação final do Marco Civil no Congresso Nacional foi a realização de uma audiência pública no Senado Federal para debater temas do projeto quando o texto ainda se encontrava em análise na Câmara dos Deputados.

Na seara legislativa, destacam-se os trabalhos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito criada para aperfeiçoar as leis sobre crimes na Internet. Com objetivos múltiplos, a Comissão acabou gerando propostas que rivalizam com o texto aprovado do Marco Civil, servindo assim como ponto de inflexão sobre o futuro da lei construída de forma colaborativa e a necessidade de aperfeiçoamento das instâncias de participação no processo legislativo.

A regulamentação do Marco Civil através do Decreto 8711/2016

Por ser uma lei principiológica, o Marco Civil não desceu (e nem deveria ter descido) em detalhes sobre a sua implementação. Essa é matéria típica para a regulamentação da lei, no caso para um decreto. O Decreto que por fim regulamentou o MCI foi editado em 2016, após a realização de quatro novas consultas sobre os seus termos: duas conduzidas pelo Ministério da Justiça, uma pelo Comitê Gestor da Internet e outra pela Anatel.

O maior capítulo do Decreto destina-se a regulamentar as exceções à neutralidade da rede, tema mais polêmico em todas as consultas públicas e no debate legislativo do Marco Civil em si. O Decreto vedou a prática de “condutas unilaterais ou acordos” que “comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à Internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da Internet no País” (Art. 9º). O Decreto também estabelece que qualquer prática de gestão de rede deve ser transparente para os usuários de Internet e apresentada em linguagem de fácil compreensão.

Outros elementos de relevo no Decreto 8.771 são os casos em que autoridades administrativas podem solicitar dados cadastrais dos usuários. Segundo o Decreto, qualquer solicitação como essa deve ser de competência expressa do requisitante e a

solicitação deve ter sua motivação descrita no pedido de acesso aos dados cadastrais (art. 11). Além disso, o Decreto obriga as autoridades requisitantes a divulgar dados estatísticos sobre as requisições realizadas a provedores (art. 12).

No tocante aos padrões de segurança e sigilo dos registros, dados pessoais e comunicações privadas, o Decreto 8.771 importou algumas questões discutidas na redação do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais (atual PL 5276/2016), o qual também foi construído através de consulta pública, conforme comentado acima. O Decreto também delimita que a coleta de dados pessoais pelos “provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações” (art. 13) e também especifica que os registros devem ser excluídos tão logo deixem de servir ao fim, ou acabe o prazo mínimo especificado na lei do MCI.

A partir do comando do Marco Civil, que prestigia a competência do Comitê Gestor da Internet (CGI.br) ao propor diretrizes técnicas para o uso e desenvolvimento da Internet, o Decreto detalha o diálogo regulatório ampliado que deve existir para a melhor regulação e governança da rede no Brasil. Afirmando ainda as respectivas atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON) e da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o Decreto fortalece o entendimento de que as decisões que impactam a rede devem respeitar a diversidade que caracteriza a própria Internet.

O Brasil tem uma importante trajetória de formulação de políticas que observam o caráter multissetorial, ouvindo e garantido a participação dos mais diferentes atores. Nesse sentido, ao reconhecer e detalhar a atuação do CGI no que diz respeito ao Marco Civil e sua regulamentação, o Decreto impulsiona esse modelo reconhecido internacionalmente e responsável por alguns dos maiores avanços na construção de políticas para a rede no cenário global.

Do Brasil para o mundo

Uma vez aprovado em 2014, o Marco Civil serviu de inspiração para um processo de construção colaborativa de uma Declaração de Direitos para Internet, realizada pelo governo italiano. Citando expressamente a experiência brasileira e convidando diversos atores envolvidos com o Marco Civil para apresentar as suas contribuições ao Parlamento Italiano, a cooperação entre os dois países demonstra o rápido impacto que a aprovação do texto brasileiro desencadeou.

Diferente do Brasil, que optou pela aprovação de uma lei federal, a Declaração italiana, aprovada pelo Parlamento, não tem força de lei. Ela atua como uma carta de princípios que guia a futura produção legislativa e pode orientar a resolução de conflitos judiciais. O texto italiano foi também submetido à consulta pública através da Internet e uma comissão de especialistas formada pelo Parlamento coordenou os trabalhos de análise das contribuições e redação do texto final.¹⁹

A Declaração italiana estabelece, em seu artigo 2º, que o “acesso à Internet é direito fundamental da pessoa e condição para seu pleno desenvolvimento individual e social.” Nesse sentido, o texto se insere no debate sobre ser o acesso à rede um direito fundamental (ou direito humano), respondendo de forma positiva. No últimos anos a discussão cresceu em relevância com a divulgação de posicionamentos como a de Vint Cerf, reconhecido como um dos pais da Internet, que afirma que o acesso à Internet não deve ser um direito humano dado o seu caráter meramente instrumental para o exercício de direitos.²⁰ Seria o equivalente a consagrar o direito de acesso ao cavalo como meio de transporte nos séculos passados, alega o autor. Outro posicionamento, e mais próximo da posição adotada

¹⁹ Juan Carlos de Martin “The Experience of Italy’s Declaration of Internet of Rights” <<http://demartin.polito.it/sites/demartin.polito.it/files/Slide-Joaopessoa-CGI-DeMartin-9novembre2015.pdf>>, acessado em 15.10.2016.

²⁰ <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/Internet-access-is-not-a-human-right.html>, acessado em 15.10.2016.

no texto italiano, é a do ex-relator da ONU para liberdade de expressão, Frank La Rue, apontou em seus relatórios a necessidade de se reconhecer o acesso à rede como essencial para o exercício da dignidade e o desenvolvimento pessoal.²¹

No que diz respeito à tutela da propriedade intelectual, o texto italiano não chega a mencionar a expressão de forma explícita. Todavia, em seu artigo 3º, ao tratar do acesso ao conhecimento e do direito à educação, a Declaração afirma que serão levados em consideração “os interesses morais e materiais ligados à produção de conhecimento”.

Essa fórmula é distinta daquela adotada pelo Marco Civil da Internet, que explicitamente menciona os direitos autorais para afirmar que a sua forma de proteção na Internet será aquela constante da lei própria à matéria, além de indicar que, qualquer que seja a solução adotada em tal legislação, a mesma deverá observar a tutela da liberdade de expressão. Vale ainda mencionar que, no texto italiano, a cláusula que trata dos interesses morais e patrimoniais concernentes à criação intelectual está inserida no título sobre “direito ao conhecimento”, o que conecta a Declaração ao debate internacional sobre como equilibrar as funções típicas dos direitos autorais consistentes no estímulo à criação (através de fatores patrimoniais e extra-patrimoniais), de um lado, e a consagração de uma função social dos direitos autorais de outro, ligado às demandas por acesso ao conhecimento.

Um ponto que também merece destaque na Declaração italiana é a afirmação do princípio da neutralidade da rede. Segundo o seu artigo 4º, toda pessoa “tem direito a que os dados transmitidos e recebidos na Internet não sofram discriminações, restrições ou interferências relativas ao emissor, ao destinatário, ao tipo ou ao conteúdo dos dados, ao dispositivo utilizado, às aplicações ou, em geral, às legítimas escolhas das pessoas.»

²¹ <http://latimesblogs.latimes.com/technology/2011/06/united-nations-report-Internet-access-is-a-human-right.html>, acessado em 15.10.2016.

A redação italiana guarda algumas semelhanças com o texto do Marco Civil brasileiro, embora seja digna de destaque a inserção na cláusula da chamada “neutralidade de dispositivos”, garantindo assim que não exista discriminação no fluxo de dados de acordo com o dispositivo utilizado pelo usuário.

No que diz respeito ao debate sobre a disponibilização de modelos de negócio como o chamado *zero rating*, embora o texto não trate explicitamente sobre o tema, ele afirma no item 2 do artigo 4º que “o direito ao acesso neutro à Internet em sua totalidade é condição necessária à efetividade dos direitos fundamentais da pessoa.”

Ao longo do texto italiano é dada nítida relevância à tutela da privacidade e dos dados pessoais, com diversos dispositivos demonstrando preocupação com o tratamento automatizado desses dados. Em tempos de big data, processamento de dados na nuvem e facilidade de formação de perfis pessoais baseados em hábitos de navegação e de consumo, a Declaração busca definir limites para que essas atividades não sejam desenvolvidas em detrimento da proteção adequada aos usuários da rede.

O anonimato também encontra proteção no texto italiano que, em seu artigo 10º, determina que “toda pessoa pode acessar a Rede e comunicar-se eletronicamente, inclusive com o uso de instrumentos de natureza técnica que protejam o anonimato e impeçam a coleta de dados pessoais, especialmente para o exercício de liberdades civis e políticas sem que sofram discriminação ou censura.” O anonimato, todavia, pode ceder em casos de violação da dignidade e dos direitos fundamentais, sempre mediante decisão judicial fundamentada.

Esse tratamento do anonimato difere daquele existente no Brasil já que a Constituição brasileira protege a liberdade de expressão, mas veda o anonimato. Com o desenvolvimento recorrente de aplicativos e soluções que criam ambientes de navegação e interação que oferecem diferentes experiências de anonimato, é interessante perceber a direção adotada pelo

texto italiano. No Brasil, o debate alcançou alguma repercussão em 2014 com as polêmicas envolvendo a disponibilização do aplicativo Secret.²²

Tema em voga depois de decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que reconheceu o direito de um cidadão espanhol de ter resultados de pesquisa em ferramentas de busca apagados, o direito ao esquecimento também consta da Declaração italiana. O artigo 11 do texto afirma que “toda pessoa tem direito de obter a exclusão dos índices de mecanismos de busca, das referências a informações que, por seu conteúdo e pelo tempo decorrido desde o momento de sua coleta, não tenham mais relevância pública.” O item 2 do mesmo artigo esclarece que esse direito “somente poderá ser exercitado por pessoas notórias ou por aquelas a quem são confiadas funções públicas se os dados que lhes dizem respeito não tenham nenhuma relevância em relação às atividades que desenvolvam ou às funções públicas que desempenham.”

No Brasil existem alguns projetos de lei sobre direito ao esquecimento, visando até mesmo inserir esse tratamento no corpo do Marco Civil da Internet. O PL nº 7881/2014, de autoria do Deputado Eduardo Cunha, determina que “[é] obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da Internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida.”

Já o Projeto de Lei nº 1676, de 2015, possui um escopo mais abrangente, já que trata da criminalização da realização de foto ou vídeo de terceiro sem autorização ou finalidade lícita, além de tutelar o direito ao esquecimento como a “garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.”

²² <http://g1.globo.com/tecnologia/tem-um-aplicativo/noticia/2015/04/app-secret-de-posts-anonimos-chega-ao-fim-anuncia-criador.html>, acessado em 15.10.2016.

Sobre a governança e a regulação da rede como um todo, a Declaração italiana afirma em seu artigo 14 que a “Internet requer regras consistentes com sua dimensão universal e supranacional, destinadas a implementar plenamente os princípios e direitos definidos acima, a garantir a sua natureza aberta e democrática, a impedir qualquer forma de discriminação e a evitar que as regras que a governam dependam do poder exercido pelos atores que detenham maior poder econômico.”

Além de mencionar explicitamente que o futuro da Internet (e sua correspondente governança) não deve depender exclusivamente dos interesses de atores que detenham maior poder econômico, o mesmo artigo 14, em seu item 4, determina que as inovações trazidas no campo regulatório devem sempre ser “submetidas à avaliação de seu impacto no ecossistema digital.” Dessa forma, procura o texto equilibrar as necessidades regulatórias com o desenvolvimento da rede como um todo, procurando evitar que novas regras venham a prejudicar justamente as características essenciais que se pretendem preservar com a edição da Declaração.

A França, logo em seguida, realizou uma ampla consulta para a modificação de leis em vigor de forma a prever questões relacionadas à proteção de direitos na Internet. Através de um conceito amplo de criação de uma “República Digital”, as propostas de modificação legislativas francesas foram debatidas em uma plataforma que representa um passo adiante na forma de apresentação dos temas e do debate em si, com gráficos que demonstram a evolução da discussão e metodologia que evidencia os momentos de *feedback* aos participantes da consulta e a produção de sínteses.

Para além de influências que podem ser sentidas nos aspectos processuais, vale ainda lembrar que o Marco Civil brasileiro foi citado em uma decisão da Suprema Corte da Argentina em caso que analisava a responsabilidade dos

provedores de busca pelos resultados indexados. A decisão cita o tratamento do tema na Lei brasileira, que determina que um provedor apenas pode ser responsabilizado pelo conteúdo de seus usuários caso o mesmo venha a descumprir uma ordem judicial que determina a remoção da postagem reconhecida como ilícita. Comentaremos essa decisão mais adiante.

Uma CPI para a Internet

Além da publicação do Decreto, o segundo ano de vigência do Marco Civil foi também marcado pelos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Crimes Cibernéticos (conhecida como CPICIBER). Embora o foco da Comissão tenha sido o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico no que diz respeito ao combate aos crimes na rede, o Marco Civil acabou sendo afetado pelas conclusões da CPI.

Em adição aos debates técnicos, existe aqui uma consideração de natureza política que precisa ser feita e que está diretamente relacionada com o perfil colaborativo do Marco Civil destacado no início deste texto. A mudança de legislatura e o julgamento do impeachment da Presidente Dilma Rousseff contribuíram para a criação de um ambiente no Congresso que parece enxergar o Marco Civil como um produto do governo do Partido dos Trabalhadores e que, justamente por isso, precisa ser urgentemente revisado.

Embora aprovado durante o governo do referido Partido, e contando com o apoio da base do governo no Congresso, é natural que se vincule o Marco Civil com um determinado momento político. Por outro lado, é muito importante esclarecer que o texto da lei nasceu de um processo de consulta diverso e que buscou reconhecer os mais diferentes interesses em jogo na regulação da rede no Brasil.

Além de ser o produto não de um governo, mas sim de um esforço colaborativo coordenado pelo governo, o Marco Civil é uma lei de caráter principiológico. Por esse motivo,

alterações que buscam inserir em suas provisões trechos que se relacionam diretamente com específicas tecnologias ou com questões de natureza criminal não parecem pertinentes nem apropriadas.

É então nesse contexto que se insere o relatório final da CPI de Crimes Cibernéticos. O relatório sugere uma série de projetos de lei, alguns dos quais diretamente alteram ou inserem dispositivos no Marco Civil da Internet. Reconhecendo que o Marco Civil possui três pilares, ou seja, *privacidade, liberdade de expressão e neutralidade*, é possível identificar três resultados da CPICIBER que atingem cada um desses balizadores.

Inicialmente a CPI buscou sugerir um projeto de lei que facilitaria o acesso aos números IP por parte das autoridades investigativas. Essa medida, que na prática efetivamente tornaria mais célere a obtenção do IP, passo relevante para a condução de investigações de ilícitos ocorridos na rede, parece, em nosso entendimento, produzir um resultado preocupante que demanda uma melhor ponderação. Ao permitir que o IP seja obtido diretamente pela autoridade investigativa, sem passar pelo controle de um juiz, a medida passa a confundir o papel de quem investiga com o papel de quem aprecia se a produção dessa prova é efetivamente necessária. Ao misturar os papéis de investigação e decisão, a proposta fragilizaria a *privacidade* de todos que usam a rede, já que o IP usado em seus dispositivos poderia ser revelado pelo provedor sem passar pelo crivo judicial.

Em tempos de grande notoriedade das operações policiais, especialmente quando buscam evidenciar escândalos de corrupção, parece relevante ter em conta que, por melhores que sejam as intenções, não se pode descartar a hipótese de que essas atribuições podem ser abusadas (até mesmo para fins políticos) e que a revisão judicial é crucial. Quem foi que postou aquele comentário que atinge um certo candidato? Mesmo sendo um comentário que sob todas as luzes pareça razoável, ao se confundir o papel de quem investiga com o

de quem decide sobre a produção da prova, será facilitada a obtenção do IP de quem postou a mensagem. A dualidade de papéis aqui precisaria ser preservada.

Como não existiu consenso ao final na CPI sobre o tema, e a questão já tramita no Congresso em outra propositura, o relatório final apenas recomendou maior estudo sobre a temática da obtenção do IP sem ordem judicial. Voltaremos a esse tema em item próprio.

O relatório da CPI toca em outro princípio regulado pelo Marco Civil, que foi considerado uma vitória para *liberdade de expressão* quando da sua aprovação: *o regime de responsabilidade dos provedores*. O artigo 19 do MCI esclarece que a responsabilidade por conteúdos divulgados na rede é de quem publica, e não, a princípio, dos provedores que desenvolvem as plataformas em que esse conteúdo é publicado. O provedor só responde se recebe uma ordem judicial para remover o conteúdo que o juiz reconhece como ilícito e não obedece.

Qual é a relevância desse dispositivo? Ao prestigiar o Poder Judiciário como aquele que deve delimitar o que é conteúdo lícito e o que é ilícito, fugindo assim das suscetibilidades privadas, o Marco Civil evita, em regra, a dinâmica que faz com que a cada notificação particular para remoção de conteúdo não cumprida possa levar à responsabilidade do provedor. O resultado desse cenário seria a redução da diversidade de conteúdo na rede, já que os provedores acabarão removendo qualquer conteúdo que seja objeto de notificação, do comentário crítico feito sobre um hotel ou restaurante até vídeos ou fotos que desagradem alguém por qualquer motivo de natureza íntima.

Em última instância, os provedores seriam os juízes sobre o que fica no ar ou é removido. Só que diferente do que ocorre no Poder Judiciário, aqui os provedores são juízes diretamente interessados no resultado da decisão, já que caso decidam manter o conteúdo notificado eles poderiam ser responsabilizados pelo mesmo.

A sugestão de alteração feita pela CPI restabelece o problema fundamental que a lei veio resolver. Na proposta, os provedores voltam a atuar como “juízes”, avaliando a legalidade de determinados conteúdos. Segundo a proposta da CPI, qualquer conteúdo alegadamente idêntico ao objeto de outra decisão judicial deverá ser retirado do ar em até 48h, sob pena da responsabilidade recair sobre os provedores. O problema que se pode antever é o debate sobre o que é ou não idêntico, sendo bastante provável ocorrer o mesmo resultado comentado acima: na dúvida, os provedores acabarão removendo o conteúdo.

Por fim, a CPI ainda traz um dispositivo que permite o bloqueio judicial de sites e aplicações, sediados no exterior, que se dediquem à divulgação de materiais ilícitos. Além de diversos condicionantes inseridos ao longo do processo da CPI, uma adição de última hora, motivada pelo bloqueio do aplicativo WhatsApp no Brasil, fez com que o relatório final tenha um destaque que exclui da possibilidade de bloqueio os aplicativos de troca de mensagens instantâneas. Para além de todo o debate sobre neutralidade da rede, essa adição é um exemplo de transformação na redação do MCI que frustra a sua natureza principiológica.

O relatório da CPI motivou uma mobilização internacional que contou com o criador do Facebook, Mark Zuckerberg, que promoveu petições promovidas por organizações de defesa de direitos sociais no Brasil e pediu apoio ao que ele classificou como “uma ameaça a Internet livre” no Brasil. O criador da WWW, Tim Berners-Lee, publicou uma “Carta Aberta Aos Legisladores Brasileiros”, em que aponta o relatório da CPI como um retrocesso às conquistas trazidas com a criação de uma “Carta de Direitos” para a rede.

De forma geral, o relatório final da CPI parece refletir uma imagem recorrente por parte dos parlamentares que identifica a Internet muito mais como uma ameaça do que como uma oportunidade para ampliação do acesso

ao conhecimento e à educação. A propagação de ilícitos na rede precisa ser combatida, mas os meios pelos quais esse resultado será alcançado precisam ser proporcionais e não interferir com a infra-estrutura técnica ou atingir diretamente com princípios consagrados na legislação brasileira e longamente debatidos durante o processo do Marco Civil.

Por outro lado, o ataque a dispositivos cruciais do Marco Civil demonstra como a engenharia de participação popular no processo legislativo está longe de produzir um resultado que seja garantido e necessariamente duradouro. Ao ampliar as possibilidades de participação na criação de um projeto de lei, o Marco Civil da Internet inovou e ajudou a posicionar o Brasil na vanguarda dos debates sobre direitos na rede.

Todavia, duas circunstâncias apontam que a experiência brasileira pode e deve ser muito aperfeiçoada. O primeiro ponto reside no fato de que, ao receber o texto do projeto de lei no Congresso, não pareceu, para grande parte dos deputados envolvidos, que a redação deveria ser preservada simplesmente por ter sido resultante do processo de consulta pública.

Se ao final o texto aprovado termina até por seguir grande parte do resultado decorrente da consulta (com uma outra adição mais notável, conforme detalhado acima), é de se destacar que os parlamentares, entendendo que o seu mandato já lhes conferia a representação necessária para atuar em nome da coletividade, pouca deferência parecem ter concedido ao texto apenas por ele ter sido produzido pelo até então inédito mecanismo de consulta através da Internet.

O segundo ponto, derivado diretamente dos resultados da CPI, demonstra como os mecanismos de participação no processo legislativo não eliminam o componente político que rege a atuação de legisladores e que pode fazer com que os mesmos sejam aliados ou opositores por razões que estão mais relacionadas às suas filiações partidárias do que à convicção sobre o acerto do texto da lei.

Eloquente nesse sentido são os momentos de ruptura mais direta, como o representado por um processo de impeachment, ou mesmo de transição, com a mudança de governo ou de legislatura. É natural que novos parlamentares busquem deixar a sua contribuição em tema cada mais relevante como a regulação da rede. Todavia, é preciso atentar para que uma compreensão da Internet como ameaça não suplante o entendimento de que a rede deve ser uma plataforma para o exercício de direitos fundamentais.

Lições para o futuro

O Marco Civil da Internet brasileiro já completou dois anos de vigência. Como visto, esses dois anos têm apresentado desafios para a sua implementação, ao mesmo tempo em que diversas iniciativas, nacionais e internacionais, são criadas a partir de seus dispositivos. A edição do Marco Civil colocou o Brasil na vanguarda do debate sobre direitos na rede e essa posição é fortalecida por uma atuação destacada nos fóruns globais sobre regulação e governança da rede.

Saber quais lições serão aprendidas, quais experiências serão determinantes para o futuro da regulação da rede no Brasil, é um exercício que ainda depende em grande parte de acontecimentos que estão por vir. Até esse ponto, o que pode se afirmar com segurança é que o Marco Civil da Internet produziu um notório impulso na qualidade da participação cidadã na construção de leis. É em si uma conquista, mas não um ponto de chegada.

É justamente buscando a diversidade de opiniões e de expertise que se garante que a regulação da rede não seja fruto dos interesses de uns ou outros, dos suspeitos usuais e que toda a coletividade que depende crescentemente da rede para as suas atividades diárias, sejam elas pessoais ou profissionais, não seja prejudicada por debates e decisões regulatórias sobre

as quais ela não apenas desconhece como, se conhecesse, jamais poderia participar.

Usar a rede para melhorar a regulação e a governança da rede é a mais importante lição ensinada pelo processo de construção do Marco Civil. Que ela seja sempre lembrada quando soluções precisarem ser criadas para os desafios que vêm pela frente.

É procurando descortinar o lago subterrâneo, onde estão os atores que movem o processo legislativo, ao mesmo tempo em que se analisa o que de lá provém, a água no balde ou a lei resultante de consultas e votações, que se avança para construir um processo legislativo mais transparente e colaborativo. É preciso iluminar o caminho que o balde percorre até a superfície e não se satisfazer com a simples noção de que o trabalho árduo porque o poço é fundo.

Os capítulos a seguir detalham justamente a trajetória de aplicação do Marco Civil da Internet, iniciando o seu tratamento por uma parte mais principiológica, ligada à proteção da liberdade de iniciativa para que, em seguida, possam ser debatidas as questões ligadas à responsabilidade civil de provedores, neutralidade da rede e o chamado direito ao esquecimento.

Liberdade de Iniciativa e o Marco Civil da Internet

Investigando o papel da liberdade de iniciativa no Marco Civil

A Internet é um espaço privilegiado para a inovação e o desenvolvimento de novas soluções em uma sociedade em transformação. O que pode não ser claro, em uma primeira aproximação do assunto, é que a Internet possibilita o desenvolvimento dessas soluções não apenas por conta de suas peculiaridades²³ – como os baixos custos para inovar e a característica neutra do protocolo IP – mas também em virtude da liberdade de iniciativa que compartilha com os demais setores econômicos brasileiros.

Como é sabido, o regime geral de exploração das atividades econômicas previsto pela Constituição de 1988 é o da livre iniciativa. Em termos objetivos, isso significa que os diversos setores da economia brasileira são, em geral, explorados em regime privado (atividades econômicas em sentido estrito), com livre entrada e permanência dos empresários interessados em desenvolver atividades comerciais²⁴⁻²⁵. Para essas atividades econômicas em sentido estrito, a Constituição brasileira

²³ Para informações a respeito das características específicas da Internet, vide ZITTRAIN, Jonathan L., *The Future of the Internet – And How to Stop It* (Yale University Press & Penguin UK 2008), disponível em: http://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4455262/Zittrain_Future%20of%20the%20Internet.pdf?sequence=1.

²⁴ Constituição Federal, artigo 170, parágrafo único.

²⁵ Seguimos aqui a exposição do Ministro Eros Grau, em *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 13ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 101 e ss.

pressupõe a livre concorrência como fator de controle suficiente, vedado o abuso de poder econômico.²⁶

Esse regime geral comporta exceções²⁷. Caso o Estado, em sua função de agente normativo e regulador dessas atividades, entenda que, para um dado setor econômico, a livre concorrência não promove os objetivos ditados pela Constituição, poderá editar lei²⁸ com o propósito de promover sua regulação mais intensa – sempre dentro dos limites da proporcionalidade²⁹⁻³⁰.

Todavia, essa lei hipotética (seja ela lei, regulamento ou qualquer outra norma infraconstitucional que restrinja a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos atuantes nas atividades econômicas em sentido estrito) não pode subverter as características fundamentais do regime de acesso e exercício das atividades econômicas em sentido estrito³¹, e deverá ser

²⁶ Constituição Federal, artigo 173, § 4º, regulamentado pela Lei 12.529/2011.

²⁷ “É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170.” (STF, Plenário, ADI 3512, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15.02.2006).

²⁸ Constituição Federal, artigo 174.

²⁹ Ver, a respeito, SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, in: Revista dos Tribunais 798, 2002, pp. 23-50.

³⁰ Ver, por exemplo, STF, Plenário, ADI 855, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 06.03.2008 e STF, Plenário, ADI 2623 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, 06.06.2002.

³¹ “[E]m se tratando de atividade privada, há um direito subjetivo à entrada e permanência no mercado, que, naturalmente, pode ser limitado por normas de direito público, ainda mais quando a atividade for fortemente regulamentada em razão do seu liame com o interesse público, mas, mesmo nesses casos, há um mínimo daquele direito subjetivo de iniciativa privada que deverá ser sempre resguardado. [...] Se ultrapassar estes lindes, a limitação legal ou administrativa na verdade terá deixado de o ser, constituindo uma servidão administrativa, uma requisição, uma desapropriação ou um confisco puro e simples. Não é por outra razão que o núcleo essencial dos direitos fundamentais são chamados de ‘limite dos limites.’” ARAGÃO, Alexandre

interpretada sempre de modo restrito. Importante ressaltar também que tal lei seria de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, incisos I (direito civil), IV (informática) e XI (trânsito e transportes), da Constituição Federal.

O Marco Civil da Internet observa essa estrutura constitucional e institui regime de liberdade de iniciativa para as atividades econômicas desenvolvidas na Internet. É o que se extrai da regra de *“liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei”* (Lei 12.965/2014, artigo 3º, VIII).

A liberdade dos modelos de negócio na Internet permite que indivíduos e empresas que atuam *online* criem soluções que representam relações jurídicas e econômicas de formatações inovadoras, sempre que tais relações não conflitem com as normas do Marco Civil da Internet – e, naturalmente, de outras leis e regulamentos.

Para uma empresa que tenha desenvolvido um aplicativo de Internet, essa regra significa que a escolha de seu modelo de negócios é livre. É dizer: ela poderá conduzir suas atividades e obter remuneração de maneira livre, sob formatações variadas³².

Isso não apenas é expressamente previsto no Marco Civil da Internet, como é saudável para o próprio desenvolvimento da rede. Não é por outra razão que empreendedores de Internet proporcionam, hoje, uma multiplicidade de serviços e conveniências

Santos de. “Autorizações Administrativas”, in: Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 62, 2005.

³² *“Ainda no artigo 3º, que trata dos princípios que regem o uso da Internet no Brasil, incluímos um novo inciso VIII, para esclarecer que é livre desenvolver modelos de negócio na Internet, desde que tais modelos não conflitem com os demais princípios estabelecidos no Marco Civil da Internet, tais como proteção à privacidade e aos dados pessoais, a preservação e a garantia da neutralidade de rede, e assim por diante.”* (Parecer proferido em Plenário pelo relator do Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, Deputado Alessandro Molon, apresentado em 25.03.2014.).

inovadores, sem ônus direto a seus usuários³³. Qualquer redução de flexibilidade no desenvolvimento de modelos de negócios pode ter implicações negativas para a adaptação de provedores de qualquer natureza no ambiente da rede.

Nesse contexto, surgem alguns parâmetros interpretativos relevantes para a solução das controvérsias a respeito de serviços e aplicativos de Internet.

O primeiro deles é que não se admite presunção de que uma determinada maneira ou modelo para a exploração de uma área da atividade econômica na Internet é vedada. Em outros termos, mesmo que houvesse dúvida a respeito da definição do regime de intervenção estatal em um setor de atividade econômica, essa dúvida deve, necessariamente, ser solucionada com uma interpretação pró-liberdade, por conta da organização constitucional da ordem econômica. Esse parâmetro transparece de maneira ainda mais evidente na norma legal específica que considera a variedade de modelos de negócio na Internet benéfica – e a protege – o artigo 3º, VIII, da Lei 12.965/2014.

O segundo parâmetro interpretativo para a solução de problemas jurídicos que envolvem serviços de Internet é igualmente importante. O Marco Civil da Internet traz, em seu artigo 4º, diretriz expressa de proteção à inovação que serve de parâmetro para a interpretação finalística daquela norma. Nos termos do inciso III do citado artigo, constitui objetivo da disciplina do uso da Internet no Brasil a promoção “*da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso*”.

Longe de constituir mera declaração de princípios, essa norma impõe dever de atuação aos agentes públicos responsáveis pela definição da disciplina da Internet no País, sejam eles integrantes do Poder Executivo, Legislativo ou

³³ Para uma análise dos mercados de dois ou mais lados, incluindo sua potencialidade competitiva e uma série de exemplos, favor referir a ROCHET, Jean-Charles e TIROLE, Jean. *Platform Competition in Two-Sided Markets*, Journal of the European Economic Association, Junho de 2003, 1 (4), pp. 990-1029, disponível em: <http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>.

mesmo do Poder Judiciário. Ao fazê-lo, obriga esses agentes a compreender e aceitar como novas as formas inovadoras de modelos de negócios na Internet, impondo-lhes o dever de não lhes conferir tratamento refratário.

Vale dizer, tal análise deverá prestigiar o caráter inovador das próprias aplicações de Internet, em linha com o já referido princípio da livre concorrência³⁴. Assim, para além da adoção dos parâmetros interpretativos acima descritos, deverão também, em qualquer caso, ser aferidos os benefícios sociais decorrentes da utilização da aplicação de Internet em questão.

Infelizmente, até o presente momento, tem-se observado postura oposta de detentores de interesses investidos e até mesmo de autoridades públicas³⁵. É o caso dos projetos de lei que buscaram combater aplicativos que oferecem alternativas

³⁴ Nesse sentido, em análise a respeito das plataformas como o Uber, posicionou-se da seguinte maneira a autoridade antitruste Mexicana – COFECE, em *policy statement*: “*Los servicios de transporte de personas por medio de plataformas móviles, como Uber y Cabify, son resultado de los avances tecnológicos y del proceso innovador, constituyen un nuevo producto en el mercado y generan bienestar social. Dado el impacto relevante que tienen en la dinámica social, la COFECE sugiere que la prestación de estos servicios se reconozca formalmente como una nueva categoría o modalidad de transporte. El marco jurídico correspondiente debería limitarse a tutelar objetivos públicos elementales en materia de seguridad y protección del usuario, y no imponer restricciones injustificadas a la competencia y libre concurrencia. En tanto no existan modificaciones al marco jurídico, la Comisión sugiere considerar que cualquier interpretación podría resolverse en favor del interés general, es decir, permitiendo esta actividad ya que es una opción eficiente de movilidad que beneficia a los consumidores.*” (COFECE, Opinião OPN-008-2015, emitida em 04.06.2015, que pode ser encontrada em <http://www.cofece.mx:8080/cfresoluciones/docs/Mercados%20Regulados/V6/16/2042252.pdf>).

³⁵ O que é absolutamente natural, apesar de inadequado do ponto de vista da regulamentação da Internet: “*The sharing economy is a new concept and many city regulators are unfamiliar with the business model. As a result they are often skeptical and assume sharing economy firms are trying to make a profit by skirting the regulations 'traditional' industries (i.e., taxis) face. [...].*” (CANNON, Sarah e SUMMERS, Lawrence. *How Uber and the Sharing Economy can Win Over Regulators*, Harvard Business Review, disponível em: <https://hbr.org/2014/10/how-uber-and-the-sharing-economy-can-win-over-regulators/>).

de transporte privado individual no Município de São Paulo³⁶ e em outras entidades da federação.

Inovações alcançadas através da liberdade de iniciativa, caso não afrontem o ordenamento jurídico, devem ser protegidas. A reação ao impacto inovador pode partir tanto de governos como de segmentos da sociedade que, tendo ancorado seu modelo de negócio em determinada prática, se torna naturalmente resistente ao movimento de mudança.

Ainda no caso específico do transporte privado e individual, observa-se o mesmo tipo de reação refratária³⁷ por parte de associações e sindicatos de taxistas, por exemplo, que têm tentado, por meio de conduta concertada de nítido caráter anticompetitivo³⁸, obter o impedimento das atividades de empresas que apostam na inovação das atividades de transporte individual por uma série de instrumentos – em diversos dos quais foram corretamente considerados ilegítimos, por buscarem a defesa de interesses classistas em tema de interesse geral (ou seja, a definição da política pública de transportes e de mobilidade urbana).

³⁶ Pode-se citar, por exemplo, o Projeto de Lei nº 01-00349/2014, do Vereador Adilson Amadeu (PTB). O Projeto de Lei proíbe, em seu art. 1º, especificamente o transporte de passageiros por veículos “*cadastrados a través de aplicativos*” (sic). Como transparece com clareza, a norma não está voltada à proteção dos usuários de serviços de transporte, nem mesmo à promoção de alternativas de mobilidade urbana. Pelo contrário, parece desconsiderar as obrigações colocadas pelo regime constitucional e legal aplicável às atividades de Internet – que determina proteção à inovação –, promovendo política pública ao estilo do movimento Ludita, que atuou na Inglaterra da Revolução Industrial e era dedicado a quebrar máquinas tidas como ameaça aos trabalhadores ingleses.

³⁷ Entre tantas notícias existentes a respeito do tema, destaca-se as seguintes: Folha de S. Paulo, “Motorista do Uber é sequestrado e agredido por taxistas em São Paulo”, 10.08.2015, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/08/1666747-grupo-sequestra-e-agride-motorista-do-aplicativo-uber-no-itaim-bibi-em-sp.shtml>; Correio Braziliense, “Taxistas perseguem motorista do Uber na Avenida Bandeirantes, em BH”, 05.07.2015, disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2015/07/05/internas_polbraeco,489075/taxistas-perseguem-motorista-do-uber-na-avenida-bandeirantes-em-bh.shtml.

³⁸ Lei 12.529/2011, art. 36, §3º, incisos II, III e IV.

Ainda nesse caso em particular, deve-se ressaltar representação dos Diretórios Centrais dos Estudantes do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB e da Universidade de Brasília – UNB junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)³⁹, em que essas entidades da sociedade civil chamam a atenção para a estratégia adotada por associações de taxistas, que pode ser caracterizada como litigância de má-fé⁴⁰.

O CADE já se manifestou, em diversas oportunidades, sobre a prática de *sham litigation*⁴¹, tendo assinalado que os direitos constitucionais de petição e de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXIV e XXXV, da Constituição Federal) não podem ser interpretados de forma isolada, mas em conjunto com o restante do ordenamento jurídico brasileiro. Em linha com esse entendimento, pronunciou-se o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, por ocasião da Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81, no sentido de que o exercício do direito de petição sem qualquer critério e com a única finalidade de obstruir a concorrência pode configurar infração à ordem econômica. *In verbis*:

“[...] mesmo havendo direito indiscutível de petição assegurado à representada, seu uso indiscriminado e com fundamentos inconsistentes, como transparece em algumas passagens dos autos, pode configurar abuso de direito e infração à ordem econômica, **se restar configurado ser seu propósito primeiro obstruir a concorrência.**”⁴².

³⁹ Procedimento Preparatório nº 08700.006964/2015-71.

⁴⁰ Fato, por sinal, que não passou despercebido pelo Juízo da 12ª Vara Cível de São Paulo que, tendo inicialmente afirmado sua competência para julgar a Ação Ordinária nº 1040391-49.2015.8.26.0100, reconheceu posteriormente a prevenção do Juízo da 19ª Vara Cível, vislumbrando “*indícios de litigância de má-fé por parte dos advogados que patrocinaram todas as três causas em questão, posto que aparentemente buscaram, de fato, burlar a livre distribuição.*”.

⁴¹ Artigo 36, incisos I, II e IV, e parágrafo 3º, incisos III e IV, todos da Lei nº 12.529/2011.

⁴² Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81, Representante: Viação Oliveira Torres, Representada: Empresa Valadarense de Transporte Coletivo Ltda., Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz, julgado em 21/07/2011.

Uma visão mais completa do marco jurídico aplicável às atividades desenvolvidas na Internet leva, portanto, à necessária negação desses posicionamentos⁴³. Nesse sentido, em conclusão, tem-se que o regime de exploração das atividades

⁴³ Veja-se, por exemplo: “3. No mais, não vislumbro, com base nos documentos apresentados, elementos para a concessão da liminar pretendida. Por primeiro, tenho que os fatos, sendo objeto de inquérito civil, não justificam a suspensão de um serviço que é prestado em diversos países de forma regular, com ou sem regulamentação. O simples fato de uma atividade, em geral inovadora, não ser regulamentada, não traduz sua ilicitude de plano. Há de se verificar, a um só tempo, se há ofensa a normas de ordem pública e se, de fato, observa-se risco social por conta de tal prestação. Tais consequências, de fato, atingem a coletividade do município como um todo, justificando a legitimidade do Ministério Público para eventual atuação em ação coletiva, mas não de entidades que existem tão somente para defender os interesses de seus associados diretos e interessados indiretos. Isto porque a análise da inicial deixa claro que eventual interesse que o sindicato e associação autoras buscam tutelar, de forma indireta, não é o coletivo em sentido amplo, mas sim o interesse econômico de seus associados e filiados, no caso, taxistas que prestam serviços de diversas formas em São Paulo, traduzindo esvaziamento da legitimidade para o pedido liminar em tutela da coletividade. Além disto, o risco na demora arguido não se vincula a danos sociais e coletivos de usuários, mas sim a danos econômicos - e isto a própria inicial apresenta como fundamento dos pedidos - a seus associados e filiados. Ora, tal dano traduz-se em um hipotético lucro cessante que não se vislumbra em sede de inicial, não se admitindo tal fato por presunção ou indício. De outra forma, a situação da prestação de serviços de forma inovadora e ainda não regulamentada, similar a todas as situações envolvendo novas ferramentas de tecnologia que atendam a uma necessidade pontual das pessoas, estando em funcionamento por razoável tempo, esvazia a questão do risco da demora. Em verdade, trata-se de situação consolidada que não justifica o pedido de suspensão liminar. Observa-se, ainda, que o pedido de liminar, a um só tempo, traduz risco de efeitos do processo em relação a usuários finais que, não sendo motoristas cadastrados no UBER para a prestação de serviços, mas sim pessoas que se utilizam da ferramenta de tecnologia em seu interesse, não podem ser diretamente atingidos por atos judiciais em ação limitada contra uma parte. Não se pode, sem o reconhecimento pleno da ilicitude do serviço, simplesmente determinar o bloqueio de aplicativo que, de fato, pode ser utilizado por brasileiros no exterior e, no caso, em outros estados da Federação, não abrangidos pela eficácia limitada da ação civil pública perante a Justiça Comum Estadual. [...] INDEFERIDA A LIMINAR PRETENDIDA.” (TJSP, 41ª Vara Cível, Decisão proferida na Ação Civil Pública 1054861-85.2015.8.26.0100, Rel. Juliana Koga Guimarães, j. em 16.06.2015, com grifos nossos). Nesse mesmo sentido, TJDF, 4ª Turma Cível, Agravo de Instrumento 2015.00.2.020284-4, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. em 04.08.2015.

econômicas colocado pela Constituição Federal é parâmetro fundamental para a adequada solução da controvérsia que paira sobre o desenvolvimento de atividades que, apostando em inovação, são caracterizadas como “disruptivas” justamente por romper com modelos anteriores.

Esse regime, que foi integralmente incorporado pelo Marco Civil da Internet, privilegia a liberdade dos agentes econômicos para estruturar seus modelos de negócio. Mais do que isso: impõe dever de proteção ao empreendedor que inova na Internet, exigindo das autoridades públicas postura de abertura em relação ao novo.

Um mercado de duas pontas:

Os chamados mercados de duas pontas são uma esfera privilegiada para a inovação na economia da Internet. Esses mercados são povoados por plataformas que atuam na integração de interesses de dois grupos contrapostos de usuários, que por sua vez desempenham papéis consistentemente distintos em transações comerciais entre si e com a plataforma⁴⁴.

⁴⁴ “Platform-mediated networks can be categorized according to the number of distinct user groups they encompass. In some networks, users are homogenous. For example, although a given stock trade has a buyer and seller, these roles are transient; almost all traders play both roles at different times. Networks with homogenous users are called one-sided to distinguish them from two-sided networks, which have two distinct user groups whose respective members consistently play a single role in transactions (Rochet & Tirole, 2003; Parker & Van Alstyne, 2000, 2005; Armstrong, 2006). Examples of two-sided networks include credit cards (comprised of cardholders and merchants), HMOs (patients and doctors), and video games (consumers and game developers).

In traditional industries, bilateral exchanges follow a linear path as vendors purchase inputs, transform them, and sell output. By contrast, exchanges in platform-mediated networks have a triangular structure (Eisenmann, Parker & Van Alstyne, 2006). Users transact with each other and simultaneously affiliate with platform providers (see Figure 2). For example, with Sony’s two-sided Playstation platform, developers on the platform’s supply side offer games to consumers on the demand side—the first set of bilateral exchanges. Developers must also contract with the platform’s provider, Sony,

Esse modelo possui aplicações também fora da economia digital. Assim, uma empresa que administra *shopping-centers* integra, com seus serviços, lojistas a consumidores. E esses três grupos de agentes podem estabelecer relacionamentos econômicos variados entre si, criando modelos variados para sua remuneração – por vezes, isentando um dos lados de quaisquer ônus diretos, ao menos em relação a uma de suas contrapartes. Também é assim com uma variedade crescente de serviços online, como plataformas de leilões eletrônicos, serviços de entregas, etc.

Em qualquer caso, não deve haver confusão entre os usuários situados nos dois lados da plataforma e a plataforma em si, já que se trata – esta e cada um daqueles – de agentes integralmente distintos.

É interessante notar que essa realidade vem sendo incorporada com relativa rapidez pelo direito brasileiro. Os diversos precedentes existentes a respeito da responsabilidade de intermediários pela veiculação *online* de conteúdos, finalmente consolidados por entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵, são no sentido de evitar a responsabilização de provedores de serviços de Internet pelo conteúdo lançado por terceiros nessas plataformas. Esse entendimento recebeu até mesmo amparo legal, com a edição do Marco Civil da

for permission to publish games and for production support: the second set of exchanges. Finally, consumers must procure a console from Sony: the third set of exchanges.

In a two-sided network, from the perspective of demand-side users, supply-side users like game developers offer complements to the platform. However, such complements are not part of the platform itself: a platform encompasses components used in most user transactions, and only a fraction of platform use involves any given game. Hence, although games and consoles must be consumed as a system, in the context of the Playstation platform, the developer is a platform user rather than a platform provider.” (EISENMANN, T.; PARKER, G. e VAN ALSTYNE, M. *Opening Platforms: How, When and Why?*. In: Gawer, Annabelle (ed.), *Platforms, Markets and Innovation*, Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2008).

⁴⁵ STJ, Terceira Turma, REsp 1.193.764, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.12.2010.

Internet, que, em seus artigos 18 a 21, estabeleceu restrições à responsabilidade de serviços de Internet por conteúdo neles publicado.⁴⁶

Todos esses precedentes têm em comum o reconhecimento de um modelo de negócios sob a formatação de plataforma, em que pessoas situadas nas duas pontas – sejam eles artistas realizando *upload* de vídeos, usuários de serviços de rede social, compradores ou vendedores de mercadorias variadas – são usuários perante um serviço que lhes é útil. Usuários e plataformas, portanto, não se confundem. Não por outro motivo há limitação de responsabilidade dos serviços de Internet nesses precedentes.

Também, para serviços de comércio *online* e sites de leilões, linha similar de entendimento pela limitação de responsabilidade vem sendo desenvolvida⁴⁷. Nesses casos,

⁴⁶ Marcel Leonardi, ao enfatizar o acerto dos dispositivos do Marco Civil sobre a matéria de responsabilização na rede, destaca alguns fatores que apontam a necessidade de se construir um regime de proteção dos provedores de aplicações como verdadeiros intermediários na rede. Segundo o autor: (i) provedores de serviços na Internet têm uma importante função social; (ii) a sua proteção promove a liberdade de expressão, o acesso à informação, à educação e à cultura; (iii) provedores de serviços na Internet exercem grande variedade de papéis econômicos; e (iv) a sua proteção fomenta a inovação nacional. (“A Garantia Fundamental do Direito à Privacidade e à Liberdade de Expressão nas Comunicações como Condição ao Pleno Exercício do Direito de Acesso à Internet”, in LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014; pp. 631/632.)

⁴⁷ “APELAÇÃO. CONSUMIDOR. BEM MÓVEL. NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO PELA INTERNET. PROVEDOR HOSPEDEIRO INTERMEDIÁRIO. NÃO RESPONSABILIZAÇÃO SOBRE O INADIMPLETO DO NEGÓCIO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO IMPROVIDO. Atuando na Internet como mero agente de aproximação do comprador ao vendedor, ambos previamente cadastrados, o site hospedeiro não é responsável solidário pelo inadimplemento contratual de qualquer um.” (TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Ap. 1138508-0/7, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. em 28.04.2009).

Nesse mesmo sentido: “O nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, como ocorre na responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal. Assim, a responsabilidade do fornecedor do serviço advém de danos decorrentes de sua atividade, quando houver relação de causa e efeito entre a sua atividade e o resultado. Sem essa relação

tendo-se reconhecido a autonomia dos serviços de Internet em relação àqueles que os utilizam, passa-se então a estabelecer uma série de padrões mínimos de conduta aplicáveis *aos provedores de serviços de Internet*.

Como a Internet é, por sua própria natureza, aberta, colaborativa e participativa – realidade que, mais uma vez, é reconhecida e tutelada pelo Marco Civil da Internet⁴⁸ - é necessário o estabelecimento de proteções especiais aos empresários que desenvolvem suas atividades *online*.

Caso não fosse assim, tamanha seria a insegurança e os riscos decorrentes da exploração de atividades econômicas na Internet e, portanto, não haveria espaço ou interesse para inovar. Basta imaginar que as empresas que exploram essas atividades estariam permanentemente sob o risco iminente de se verem responsabilizadas por ilícitos de terceiros. Ainda pior: estariam sob a iminência de terem seus serviços descontinuados por força de decisão judicial ou administrativa.

Posta a questão dessa maneira, a adequada compreensão dos limites entre usuários de uma plataforma *online* e a pessoa jurídica responsável por essa plataforma torna-se elemento fundamental que viabiliza o exercício de atividades inovadoras na Internet.

de causalidade não há como responsabilizá-lo. Ora, da análise do conjunto probatório, vislumbra-se que em nenhum momento logrou o autor-apelante apontar qualquer falha na prestação do serviço pela empresa-ré, o que seria essencial para caracterizar a relação de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da apelada, ou seja, o nexo causal, e, assim, incidir o dever de indenizar pela ocorrência do dano. Com efeito, consoante se vê do contrato celebrado entre as partes (fls. 87/92), a ré apenas oferece ao usuário um espaço para que anuncie a venda de produtos e serviços dos quais tenha a faculdade de vender e/ou adquirir de outros usuários bens ou serviços por ela anunciados, deixando bem claro apenas visar mediar as relações por meio da aproximação destes, os quais devem negociar diretamente, não sendo sua função intervir na finalização dos negócios (cláusula 01 – fls. 87), salientando, ainda, na cláusula 11, não deter responsabilidade pelos produtos oferecidos e nem intervir em sua entrega, recomendando, outrossim, que os usuários ajam com cautela e bom senso (fls. 90) em todas as suas transações.” (TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 16030/08, j. em 09.04.2008, sem grifos no original).

⁴⁸ Lei 12.965/2014, artigos 2º, IV e 3º, VII.

Inadequação de medidas que proíbem aplicativos:

Argumentamos aqui que o Marco Civil da Internet proíbe a determinação de que uma dada aplicação seja bloqueada ou censurada – em ordem direcionada a todos os agentes públicos envolvidos na “disciplina do uso da Internet”. Esse entendimento se justifica uma vez que a ordem de retirada do ar de um serviço de Internet é uma medida extremamente grave, de consequências correlatas às de uma medida de caráter punitivo.

Como é cediço, a imposição de medidas coercitivas aos agentes privados que desempenham atividades econômicas – seja por autoridade administrativa ou judicial – requer previsão legal, a exaustão do curso de um devido processo, bem como motivação e razoabilidade⁴⁹. Tanto mais verdadeira e necessária é essa restrição à arbitrariedade estatal para serviços e aplicativos de Internet.⁵⁰

⁴⁹ Como é evidente, o exercício da atividade administrativa ou judicial requer motivação e o curso de devido processo, por força dos artigos 5º, LIV, 37 e 93, IX da Constituição Federal, além de razoabilidade. Celso Antônio Bandeira de Mello, por todos, coloca os seguintes requisitos para o exercício do poder de polícia pela Administração Pública: (i) autorização legal expressa; (ii) urgência da medida tendo em vista grave risco à coletividade; e (iii) inexistência de outra via de direito capaz de assegurar o cumprimento do interesse público. (*Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 866).

⁵⁰ Conforme esclarece Fabiano Del Masso, deve-se “interpretar a proteção da livre iniciativa de agentes econômicos no que diz respeito à faculdade de livremente poder explorar a Internet, ou seja, sem sofrer limitações que resvale na liberdade de empreender, sem esquecer, é claro, que o Estado de forma indireta poderá intervir, mas nunca privilegiando ou discriminando qualquer agente que no mercado digital pretenda atuar.” (“Livres-Iniciativa, Livre Concorrência e Direitos do Consumidor como Fundamentos do Uso da Internet no Brasil”, in DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; e FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; p. 44).

No afobamento para garantir a preservação de interesses de classes determinadas ou em busca dos holofotes que se voltam contra quem consegue proibir o “aplicativo da vez”, encena-se com triste frequência no Brasil o teatro da disputa – ora judicial, ora administrativa – sobre a preservação de um modelo de negócio frente à constatação de que eventualmente algum ilícito vir a ser cometido através da plataforma.

O Poder Judiciário, em grande medida, vem cumprindo o seu papel, ainda que por vezes em grau de recurso, ao preservar a inovação e prestigiar o ambiente criativo no qual se desenvolve a Internet no País. Fazendo valer a recordada expressão do Ministro Luis Roberto Barroso no sentido de que “toda interpretação é interpretação constitucional”⁵¹, o Judiciário tem buscado no vértice axiológico do ordenamento nacional as âncoras contra tais movimentos.

Volta-se assim para o Executivo e o Legislativo, os quais, cada um com as suas peculiaridades, vão se tornando cada vez mais decisivos nesses enfrentamentos, especialmente quando o interesse de ocasião percebe não prosperar o seu pleito depois de superada uma primeira bateria de tentativas no Poder Judiciário.

Fica então a advertência de Garcia Marques e Lourenço Martins sobre a aventura legislativa que rapidamente se organiza para impedir uma determinada tecnologia de se desenvolver. Segundo os autores: “A própria intervenção do legislador, a montante, sem aquele apetrechamento, além de poder assentar em bases erradas ou imperfeitas, pode tornar-se indesejável, retardando de maneira porventura injustificada a cadência do progresso técnico e científico, social e econômico, por imposição de normas inadequadas.”⁵²

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; p. 510.

⁵² MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina, 2006; p. 80.

Uma das peculiaridades do mercado de serviços de Internet é a relevância da manutenção de uma base de usuários ativa para a obtenção de receitas. A atração de público é um dos aspectos fundamentais dos modelos de negócio na Internet, e essa base de usuários passa a constituir verdadeiro capital imaterial dos desenvolvedores de aplicativos. Eventual decisão de retirada do ar do aplicativo, portanto, traz consequências da maior gravidade, podendo ser equiparada à hipótese de interdição de estabelecimento sem fundamento legal que a autorize.

Da análise do Marco Civil da Internet, conclui-se que a penalidade mais gravosa prevista contra os privados que desenvolvem serviços de Internet é a proibição de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações – inexistindo penalidade ou medida coercitiva de qualquer espécie voltada à interdição de um serviço de Internet como um todo.

Trata-se assim de empreender uma simples leitura dos termos dos artigos 11 e 12 do Marco Civil para se perceber que as sanções constantes de seu artigo 12 não poderiam gerar a proibição da operação da empresa ou mesmo a suspensão do aplicativo. As sanções previstas no referido artigo 12, conforme mencionado expressamente em seus incisos III e IV, gerariam apenas a suspensão temporária ou a proibição do exercício “das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.”

E quais seriam essas atividades? É o próprio artigo 11 do Marco Civil que esclarece a dúvida ao iniciar a sua redação com “[e]m 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 (...).”

Ou seja, as atividades que podem ser suspensas ou proibidas, conforme dispõe o artigo 12 da Lei nº 12.965/14 são apenas aquelas relacionadas à tutela dos dados pessoais, conforme transcrito acima.

A Justiça brasileira, quando confrontada com demandas que buscam então suspender ou proibir aplicativos e serviços em geral na Internet, vem adotando entendimento pró-liberdade em uma série de precedentes de segunda instância que reverteram medidas adotadas por juízes determinando (i) o bloqueio do tráfego de dados direcionado a um determinado aplicativo ou conteúdo; e (ii) a retirada de aplicações de lojas *online* e de outros serviços para sua distribuição.

Veja-se, a respeito, recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que, ao examinar mandado de segurança contra ordem judicial de suspensão do serviço WhatsApp por operadores dos *backbones* de telecomunicações no Brasil, determinou o imediato reestabelecimento do serviço:

“A princípio, independentemente do teor da ordem descumprida, em hipótese alguma se justifica a interrupção de acesso a todo um serviço, cuja área de abrangência, sabe-se, transpõe as barreiras nacionais de qualquer nação e afeta, direta e surpreendentemente, a comunicação entre um sem número de pessoas, envolvendo não somente os usuários nacionais, mas também aqueles que, fora de nossas fronteiras, tentem contatar parentes, amigos e afins residentes no Brasil.

A fim de melhor ilustrar a falta de proporcionalidade que emana do ato questionado, imagine-se um juiz que, insatisfeito com a contumácia de determinada empresa telefônica em prestar-lhe informações sigilosas, determine a suspensão, em todo o território nacional, dessa modalidade de serviço de comunicação. Ou, em uma analogia mais rústica, determinasse esse juiz a interrupção da entrega de cartas e encomendas pelo correio, apenas baseado na suspeita de que, por exemplo, traficantes estariam fazendo transitar drogas por esse meio.”⁵³

⁵³ TJPI, Mandado de Segurança n. 2015.0001.001592-4, Rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar, j. em 26.02.2015.

Nesse mesmo sentido, em precedentes anteriores, pode-se citar a suspensão do serviço de vídeos YouTube e da rede social Facebook, ambas revertidas⁵⁴.

Esse entendimento vem sendo aplicado também quanto a ordens de retirada de aplicativos de lojas virtuais. Um caso notório foi o da ordem de suspensão do aplicativo Secret, que permite a publicação de mensagens anônimas. Naquele caso, a primeira instância da Justiça do Espírito Santo determinou a interrupção do oferecimento para *download* do aplicativo, bem como sua desinstalação remota dos terminais de seus usuários⁵⁵.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo entendeu que a determinação do magistrado de primeira instância, além de medida ineficaz, prejudicava de maneira desmedida as empresas que exercem suas atividades na Internet:

“Neste contexto, tenho por certo que a mera remoção do aplicativo das lojas on line das empresas que compõem o pólo passivo da ação civil pública de origem, revela-se medida ineficaz ao problema apresentado pelo MPES em sua exordial, na medida em que não terá o condão de evitar que pessoas se valham indevidamente dessas facilidades que o mundo moderno nos proporciona, não podendo a Agravante arcar isoladamente com tal ônus, nem tampouco

⁵⁴ No caso do YouTube, ocorreu esclarecimento da decisão que determinava o impedimento de acesso a conteúdo por parte de seu próprio prolator: “6. Para que ocorra execução sem equívocos, determina o relator que se expeça ofício ao digno Juízo para que mande restabelecer o sinal do site Youtube, solicitando que as operadoras restabeleçam o acesso e informem ao Tribunal as razões técnicas da suposta impossibilidade de serem bloqueados os endereços eletrônicos [...] Oficie-se com urgência para que o Juízo transmita a contra-ordem, por sistema rápido de comunicação, de forma a concretizar o desbloqueio do site Youtube, mantida a determinação para que se tomem providências no sentido de bloquear o acesso ao vídeo [...]” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AI 488.184-4/3, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. em 09.01.2007). No caso do Facebook, a ordem de retirada não foi concretizada (veja-se: TJSP, Processo 0005243-38.2013.8.26.0011, Juiz Régis Rodrigues Bonvicino).

⁵⁵ TJES, Ação Civil Pública 0028553-98.2014.8.08.0024, Paulo César de Carvalho, j. em 19.08.2014.

ver-se prejudicada em seus interesses jurídicos e comerciais pela leviandade de terceiros.”⁵⁶.

Os interesses jurídicos e comerciais aos quais o desembargador faz referência, naturalmente, são os interesses na continuidade da prestação de um serviço de Internet. No caso do Secret, deve-se ressaltar, mesmo tendo havido a liberação do aplicativo, a reação inicial ao aplicativo contribuiu para seu fechamento mundial definitivo, poucos meses depois⁵⁷.

Esses precedentes indicam que, mesmo nas hipóteses em que um ilícito seja cometido por intermédio de um serviço oferecido pela Internet, a retirada desse serviço do ar não é o mecanismo lícito e razoável para combatê-la.

Essa conclusão é tanto mais verdadeira caso se considere que um aplicativo de Internet pode ser utilizado por qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo. Se é assim, mesmo no caso extremo de haver cometimento, com a utilização de um aplicativo de Internet, de uma prática considerada ilícita em uma dada jurisdição, ainda assim poderão os usuários do serviço seguir com sua utilização corriqueira em outras localidades. Ordens nacionais de remoção de aplicativos ou até para sua desinstalação remota forçada, portanto, apresentam-se como medidas absolutamente desproporcionais.

É possível traçar as origens desse entendimento ao famoso caso Betamax, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984⁵⁸. Naquele caso, a Suprema Corte julgou que os fabricantes de plataformas que permitem a reprodução de vídeos (como era o caso da Sony com o Betamax) não poderiam ser considerados responsáveis por eventuais infrações à lei de direitos autorais decorrentes da utilização – por terceiros – daquela plataforma. Ou seja: não se pode culpar a tecnologia.

⁵⁶ TJES, Agravo de Instrumento Nº 0035186-28.2014.8.08.0024, Rel. Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho, j. em 06.11.2014.

⁵⁷ A respeito, veja-se, por exemplo: <http://www.cnet.com/news/secrets-out-ceo-shuts-down-app/>.

⁵⁸ *Sony of America v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984).

Apoiado na decisão do caso *Betamax*, o professor de Harvard, Lawrence Lessig, cunhou três testes para avaliar se uma decisão judicial que de alguma forma interfere no desenvolvimento de tecnologias preserva o equilíbrio devido entre aspectos jurídicos e aspectos tecnológicos. Os três testes seriam: (i) **a existência, no caso concreto, da possibilidade de uso lícito da tecnologia;** (ii) **a existência de meio menos gravoso para se alcançar o resultado pretendido;** e (iii) a eficácia do **provimento judicial atendendo o interesse dos autores.**⁵⁹ Os referidos testes foram propostos em parecer apresentado pelo professor quando da concessão de uma medida liminar, em ação judicial nos EUA, que retirou o programa *Napster* do ar.

Fiat Justitia, Pereat Mundus. O brocardo latino atingido pelo uso pouco cuidadoso na jurisprudência, bem poderia servir como guia para a conduta daqueles que buscam restringir uma atividade econômica amparada por lei. De acordo com a visão precisa de Carlos Maximiliano sobre a aplicação do brocardo, “[o] Direito suscita de modo indireto e diretamente ampara a atividade produtiva, tutela a vida, facilita e assegura o progresso; não embaraça o esforço honesto, o labor benéfico, a evolução geral. Nasce na sociedade e para a sociedade; não pode deixar de ser um fator de desenvolvimento da mesma. Para êle não é indiferente a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem-estar ou a desgraça. (...) O Direito é um meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora; logo não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega, indiferente às ruínas que inconsciente ou conscientemente possa espalhar.” Ao invés então do brocardo latino, que comanda que se faça

⁵⁹ LESSIG, Lawrence, *Expert Report* apresentado no caso *A&M Records Inc.* e outros contra *Napster Inc.*, (in <http://www.lessig.org/content/testimony/nap/napd3.doc.html>).

Justiça mesmo que o mundo pereça, arremeta o autor que, frente às novas demandas do Direito em uma sociedade em constante evolução, “faça-se justiça; porém salve-se o mundo, e o homem de bem que no mesmo se agita, labora e produz.”⁶⁰

Deve assim o Direito buscar preservar a liberdade em seus contornos constitucionais. Liberdade essa que, conforme exposto pelo Ministro Luis Roberto Barroso, “consiste em não ter ninguém que se submeter a qualquer vontade que não a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.”⁶¹

A conclusão pode parecer um truísmo, e sua defesa pode parecer supérflua. Dados os desafios atualmente enfrentados, é necessário ressaltar o óbvio - considerando-se o quadro jurídico da liberdade de iniciativa e dos modelos de negócio *online* – para impedir graves infrações às liberdades econômicas que permitem a constante inovação que é característica marcante da Internet.

Um desdobramento natural do tema da liberdade de iniciativa, com a restrição de medidas de proibição, conforme visto, é explorar então o que acontece quando efetivamente a plataforma desenvolvida é utilizada por seus usuários para o cometimento de ilícitos. É preciso diferenciar o oferecimento do serviço em si de seu uso ilícito ou abusivo por parte dos usuários, podendo esse gerar debates sobre o melhor regime de responsabilização pelos danos causados.

Inovação é novamente um tema em pauta quando se aborda a questão da responsabilidade dos provedores pela conduta de terceiros (não raramente seus próprios usuários), já que a depender da solução encontrada, novos modelos de negócio podem ser estimulados ou reprimidos. Investir em

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1925, 1ª ed.; pp. 180-183.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; p. 85.

uma atividade que dependa de conteúdos de terceiros sem um regime de responsabilidade claro pode ser um desastre para a promoção da inovação no País.

O Marco Civil da Internet procurou delinear contornos claros sobre o regime de responsabilidade dos provedores, tendo a inovação e a tutela da liberdade de expressão como nortes. Esse modelo, consubstanciado no artigo 19 da Lei, é o tema do capítulo a seguir.

Responsabilidade Civil dos Provedores de Acesso e de Aplicações

A Internet é uma rede que impulsiona liberdades e, ao mesmo tempo, permite controles até então inéditos sobre o indivíduo. É uma plataforma extraordinária para a liberdade de expressão e simultaneamente, talvez pelo mesmo motivo, pode gerar danos em larga escala e de difícil contenção.

Esses paradoxos auxiliam na compreensão dos dilemas que precisam ser enfrentados para que se alcance um ponto de equilíbrio entre os mais diversos interesses relacionados ao regime de responsabilização dos agentes envolvidos na disponibilização de conteúdo e na prestação de serviços na rede.

Fica então a pergunta: quem responde pelos danos causados na Internet? Aquele que posta uma foto, vídeo ou texto que ofende terceiros, ou o provedor que, através do desenvolvimento de sua atividade, proporcionou de forma abstrata os meios para que a ofensa se concretizasse?

A figura do “provedor”

Antes de explorar o debate sobre o regime de responsabilidade civil na rede, é necessário identificar quem é a figura do provedor, já que sobre o mesmo recai a pergunta anterior.

Diversos autores sugerem distintas categorias para identificar o provedor a partir das atividades desenvolvidas pelo

mesmo. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar frequentes casos envolvendo danos causados através da Internet, vem adotando a seguinte orientação em seus julgados:

“Os provedores de serviços de Internet são aqueles que oferecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores de backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web”.⁶²

A Lei nº 12.965/2014 trata em especial de dois tipos de provedores: aqueles dedicados a prover o acesso à Internet e aqueles que disponibilizam as mais diversas aplicações na rede. Nesse sentido, o artigo 5º assim define as atividades desempenhadas por esses provedores:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

V - conexão à Internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; (...)

⁶² STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.12.

VII - aplicações de Internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet.

Compreender quais atividades são prestadas pelos provedores, e os seus respectivos contornos técnicos, é de imprescindível valia para que se possa afirmar o regime de responsabilização correspondente, especialmente quando se trata de analisar os comportamentos desempenhados por usuários dos serviços prestados e o grau de ingerência do provedor sobre os mesmos.

Como criar um sistema de responsabilização que, por um lado, não prejudique a vítima de um eventual dano ocorrido na rede com a perpetuação do conteúdo lesivo, mas que ao mesmo tempo não incentive o provedor a simplesmente retirar do ar a foto, vídeo ou texto por qualquer notificação sobre o mesmo recebida, afetando assim a liberdade de expressão e a diversidade do discurso na rede? Cabe ao provedor julgar a licitude do conteúdo exibido, caso a sua lesividade seja apontada por um usuário, e decidir pela sua manutenção ou remoção? Como essas perguntas afetam o grau de inovação contido em futuros modelos de negócio que podem ser mais ou menos afetados pelo modo através do qual o Direito incentiva a prevenção e determina a responsabilização pelos danos causados na Internet?

A jurisprudência sobre responsabilidade dos provedores

De modo geral pode-se apontar três entendimentos que têm sido prevalentes na jurisprudência nacional sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet: (i) a sua não responsabilização pelas condutas de seus usuários; (ii) a aplicação da responsabilidade civil objetiva, ora fundada

no conceito de risco da atividade desenvolvida, ora no defeito da prestação do serviço; e (iii) a responsabilidade de natureza subjetiva, aqui também encontrando-se distinções entre aqueles que consideram a responsabilização decorrente da não retirada de conteúdo reputado como lesivo após o provedor tomar ciência do mesmo (usualmente através de notificação da vítima) e os que entendem ser o provedor responsável apenas em caso de não cumprimento de decisão judicial ordenando a retirada do material ofensivo.

Mais do que simplesmente categorizar os entendimentos partilhados pelos tribunais nacionais, é preciso compreender quais são os fundamentos que suportam cada posição adotada pelos tribunais e quais fatores, nos principais casos, foram determinantes para o resultado da decisão.

O provedor como mero intermediário

O primeiro entendimento, segundo o qual o provedor não responderia pelos atos de seus usuários, encontra respaldo em decisões que identificam a figura do provedor como mero intermediário entre o usuário (agente do dano) e a vítima. Em geral não haveria qualquer conduta por parte do provedor que atraísse para si a responsabilidade pelos atos de outrem, cabendo ao mesmo apenas colaborar com a vítima para a identificação do eventual ofensor.

Para essas decisões parece determinante o fato de que o provedor, ao disponibilizar o serviço, desde já esclarece que ele não poderia ser responsabilizado pelo conteúdo gerado por seus usuários, sejam eles participantes de uma rede social ou *websites* criados a partir do provimento de hospedagem.

No começo da década passada, alguns tribunais adotaram esse posicionamento, usualmente excluindo a legitimidade passiva dos provedores de ações indenizatórias movidas pelas vítimas de eventuais danos causados através dos serviços prestados.

O Tribunal de Justiça do Paraná, analisando caso envolvendo ofensas à honra da vítima constante de website tão somente hospedado pelo provedor, assim se pronunciou:

“Civil - Dano Moral - Internet - Matéria ofensiva à honra inserida em página virtual - Ação movida pelo ofendido em face do titular desta e do provedor hospedeiro - Co-responsabilidade - Não caracterização - Contrato de hospedagem - Extensão - Pertinência subjetiva quanto ao provedor - Ausência - Sentença que impõe condenação solidária - Reforma.

Em contrato de hospedagem de página na Internet, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade. O sistema jurídico brasileiro atual não preconiza a responsabilidade civil do provedor hospedeiro, solidária ou objetiva, por danos morais decorrentes da inserção pelo assinante, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra de terceiro.”⁶³

Ainda no mesmo período, ganhou alguma repercussão na imprensa o caso envolvendo uma ação indenizatória movida pelo ex-jogador de futebol Paulo Roberto Falcão contra o provedor Terra. O pleito tinha como fundamento a hospedagem disponibilizada pelo provedor ao website da revista “Isto É Gente”, que havia feito uma entrevista com uma modelo e cujo conteúdo – alegava o autor – lhe causava danos morais. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a ilegitimidade do provedor para figurar no pólo passivo da ação.⁶⁴

⁶³ TJPR, Apelação Cível nº 130075-8, j. 19.11.2002.

⁶⁴ A decisão foi assim ementada: “Processual civil. Legitimidade passiva. Provedor de acesso e de conteúdo. Internet. Dano moral. Responsabilidade civil. Denúnciação da lide. 1 - É responsável o provedor de conteúdo da INTERNET (PSI) pela divulgação de matéria que viole direito e cause dano a outrem, seja por calúnia, difamação ou injúria, cabendo ao mesmo

Por que nos Estados Unidos se processa mais o usuário do que o provedor?

A discussão sobre o provedor como mero intermediário demanda uma reflexão sobre a experiência dos Estados Unidos no enfrentamento do tema. Diferente do que se deu na última década no Brasil, o acionamento direto dos provedores pelos danos causados por seus usuários não se desenvolveu de forma geral no direito norte-americano. Considerando a penetração da Internet nos Estados Unidos e a conhecida cultura de litigiosidade daquele país, especialmente no que diz respeito à ações indenizatórias, esse dado parece curioso.

Uma das peças para desvendar essa questão é a isenção geral de responsabilidade existente na legislação norte-americana para provedores de serviços pelas condutas de terceiros. A partir desse dispositivo, os provedores não podem ser considerados como se fossem eles os autores das mensagens, fotos e vídeos que exibem.

Essa salvaguarda para as atividades dos provedores se encontra no artigo 230 (c)(1) do Telecommunications Act, conforme alteração promovida em 1994 pelo denominado Communications Decency Act (CDA), assim redigido:

“(1) Tratamento como Divulgador ou Autor da Expressão:
Nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de

residir no pólo passivo da demanda onde a parte que se diz ofendida postula indenização por danos morais. Tal responsabilidade, contudo, não se reconhece ao provedor de conteúdo na hipótese em que este serve unicamente de meio de divulgação de revista, sendo esta perfeitamente identificável e responsável na forma da lei, por quaisquer manifestações de pensamento, ou mesmo de informação, que venham a causar violação de direito. 2 – Denúnciação da lide. Cabível é a denúncia do autor de entrevista que, através de chat na Internet, manifesta pensamento sobre a honra de terceiro. Agravo parcialmente provido.” (TJRS, Agravo de instrumento n. 70003035078, rel. Paulo Antonio Kretzmann, j. em 22.11.2001)

computador deverá ser tratado como se divulgador ou autor fosse de qualquer informação disponibilizada por provedor de informações.”⁶⁵

Vale destacar que essa regra possui exceções, sendo uma das mais conhecidas o regime especial para responsabilização dos provedores por infração aos direitos autorais, conforme disposto no Digital Millenium Copyright Act (DMCA). Nesse caso, os provedores são considerados responsáveis pelos atos de seus usuários que infringirem direitos autorais se, uma vez notificados, não removerem o conteúdo questionado.⁶⁶ Trata-se, portanto, de uma isenção geral de responsabilidade e de uma hipótese especial de responsabilização de natureza subjetiva (responde se não remover o conteúdo), respectivamente.

Esses dois elementos ajudam a entender o motivo pelo qual a litigiosidade contra os provedores de serviços nos Estados Unidos não ter se desenvolvido como ocorrido

⁶⁵ Cumpre lembrar que o mencionado artigo 230, além de isentar o provedor da responsabilidade como se autor do conteúdo lesivo fosse, também incentiva a remoção espontânea de materiais que o provedor por acaso repute ilícitos. Nessas circunstâncias, entra em prática o chamado “Bloqueio do Bom Samaritano” (“good samaritan blocking”), que impede a parte prejudicada por essa remoção de eventualmente responsabilizar o provedor. Assim dispõe o artigo 230 (c)(2): “(c) Proteção do Bloqueio do Bom Samaritano e Remoção de Material Ofensivo (...) (2) Responsabilidade Civil - Nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador será responsabilizado por: (A) qualquer ação voluntária, tomada em boa-fé para restringir acesso ou disponibilidade de material que o provedor ou o usuário considere obsceno, indecente, lascivo, sórdido, excessivamente violento, ameaçador, ou de qualquer forma questionável, independentemente da proteção constitucional desse material; ou (B) qualquer ação tomada criar ou disponibilizar para provedores de informação ou outros os meios técnicos para restringir acesso ao material descrito no item (1).”

⁶⁶ O artigo 512 (d), do DMCA, determina que os provedores de serviço não serão responsabilizados pelo conteúdo das páginas a que eles se referam através de indexação ou links, por exemplo, contanto que: (i) não tenham ciência do material ilícito; (ii) não recebam qualquer benefício econômico advindo da atividade infracional; e (iii) em obtendo ciência do material, atuem no sentido de bloquear o acesso a tal conteúdo.

no Brasil na última década: os provedores não podem ser considerados como autores do conteúdo eventualmente infringente se eles apenas o exibem. Todavia, como forma de estimular a prevenção de danos e privilegiar as condutas desempenhas de boa-fé, o CDA ainda prevê a possibilidade de remoção do material reputadamente ilícito pelo provedor e a impossibilidade de que o mesmo venha a responder por essa medida.

Esse primeiro enquadramento retira do provedor o foco de eventuais ações indenizatórias, devendo o mesmo apenas colaborar para a identificação do responsável direto por eventual dano causado através de seu serviço.

Uma segunda razão para esse resultado nasce justamente do incentivo à retirada do material sem o receio de ser processado por isso, somado ao crescimento de uma cultura de notificação para a remoção de conteúdo que, no caso de lesão aos direitos autorais, deve ser prontamente atendida para se evitar a responsabilização do provedor nos termos do DMCA.⁶⁷

Mais à frente serão feitos comentários sobre os efeitos dessa responsabilização subjetiva pelo não atendimento da notificação, como previsto no DMCA norte-americano, já que, embora pareça ser a opção pela responsabilidade subjetiva um caminho mais equilibrado para se enfrentar a questão dos danos na Internet, afirmar a responsabilização simplesmente pelo não cumprimento da notificação gera uma série de efeitos perigosos para a tutela de diversos direitos fundamentais na rede, em especial para a liberdade de expressão e favorece uma expansão bastante complicada da proteção concedida aos direitos autorais sobre outros direitos.

⁶⁷ Para maiores detalhes sobre o regime de responsabilidade civil na Internet à luz do direito norte-americano, e em especial no que diz respeito aos casos envolvendo direitos autorais, vide LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso; e BRANCO, Sergio. "Responsabilidade civil na Internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana", in *Revista de Direito das Comunicações*, v. 1 (jan-ago/2010); pp. 80/98.

As teses pela responsabilidade objetiva do provedor

O entendimento a favor da responsabilização dos provedores de forma objetiva, por sua vez, encontra-se usualmente ancorado ou na caracterização da atividade de risco ou no defeito da prestação do serviço em relação de consumo.

Independentemente de qual dos fundamentos adotados, o posicionamento a favor da responsabilidade objetiva parece levar a discussão sobre a responsabilização dos provedores por atos de seus usuários para um cenário no qual duas perguntas se impõem, sendo a resposta afirmativa à primeira prejudicial à segunda.

A primeira pergunta é: tem o provedor dever de fiscalizar, monitorar e conseqüentemente filtrar os conteúdos que são submetidos por seus usuários? A discussão sobre o dever de monitoramento é fundamental para compreender os contornos da responsabilidade objetiva dos provedores, já que os mesmos poderiam ser condenados apenas pela exibição do conteúdo lesivo (seja porque isso é um risco inerente de sua atividade ou porque o seu serviço foi prestado de forma defeituosa).

A segunda pergunta então seria: deve o provedor responder se, uma vez ciente do conteúdo reputadamente danoso, falha em removê-lo, usualmente quando notificado pela vítima? Note-se que na segunda pergunta está pressuposto o entendimento de que o provedor não responde pela simples exibição do conteúdo, mas apenas por uma conduta (ativa ou passiva) de não remoção do material contestado.

Analisando a primeira pergunta e o entendimento pela responsabilidade objetiva, percebe-se que o argumento do **risco da atividade** repercutiu na jurisprudência pátria. O volume de ações judiciais sobre danos na Internet, especialmente voltados para o uso das **redes sociais**⁶⁸, chamaram a atenção do Poder

⁶⁸ Em maio de 2012, quando do julgamento do Resp 1308830/RS, a Min. Nancy Andrighi mencionou em seu voto que cerca de 200 (duzentos) processos

Judiciário para a frequência com a qual serviços prestados na rede são utilizados para atingir direitos de terceiros.

Some-se ainda o fato de que o início da popularização da Internet no Brasil se deu justamente na década passada, fazendo assim coincidir o acesso mais amplo aos meios de comunicação através da rede com a edição de um novo Código Civil que, no campo da responsabilização por atos ilícitos, inovou ao prever em seu artigo 927, parágrafo único, uma cláusula de responsabilidade sem culpa para aqueles que desenvolvem atividades que, por sua própria natureza, implicam em risco para direitos de terceiros.⁶⁹

Assim, alguns tribunais passaram a responsabilizar uma série de agentes - de empresas que exploram mecanismos de busca a donos de lan-houses - pelo risco supostamente existente no desenvolvimento de sua atividade.

Em decisão de primeira instância no TJSP, o juiz, ao sentenciar o processo movido pela vítima que procurava identificar a pessoa que lhe enviou mensagens ofensivas, entendeu que, no caso da exploração de lan-houses "(...) vigora a responsabilidade civil objetiva consoante prevista no art.927, § único, do Código Civil, em razão do desenvolvimento de atividade que por sua natureza implique em risco para o direito de outro, caso em que ao autorizar o reconhecimento do dever de indenizar não assume relevo a conduta doloso ou culposa do agente já que basta a existência do dano e do nexu etiológico entre o fato e o dano. Nesse sentido, quem disponibiliza terminais de computadores ou rede sem fio para uso de Internet assume o risco do uso indevido desse sistema

envolvendo apenas a empresa Google estavam em tramitação no Superior Tribunal de Justiça (STJ, Resp 1308830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 08.05.2012 - Voto da Questão de Ordem, pg 08).

⁶⁹ Assim está redigido o artigo 927, parágrafo único do CC: "Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

para lesar direito de outrem, exemplo do que sucede no caso dos autos.”⁷⁰

Contrariamente à sua aplicação, doutrina e jurisprudência procuraram investigar não apenas se existe risco na atividade, fato presente em grande parte das situações cotidianas, mas sim se o risco oferecido pela atividade desenvolvida é maior do que usual, caracterizando-se como algo extraordinário e próprio da conduta em questão. Nesse sentido, e se opondo à aplicação da responsabilidade objetiva aos provedores de serviço, esclarece Erica Barbagalo:

“Entendemos que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, não implicam em riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial. E interpretar a norma no sentido de que qualquer dano deve ser indenizado, independente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida um atividade, seria, definitivamente onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e consequentemente travancar o desenvolvimento.”⁷¹

A posição que identifica um risco inerente em atividades típicas da Internet acabou retrocedendo e o próprio Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, rechaçou esse entendimento. Conforme consta da ementa do Resp 1308830/RS:

⁷⁰ TJSP, Processo n. 583.00.2006.243439-5, Juiz Ulysses de Oliveira Gonçalves Junior; j. em 06.03.2008.

⁷¹ BARBAGALO, Erica B. “Aspectos da Responsabilidade Civil”, in Ronaldo Lemos, Ivo Waisberg (orgs) *Conflito de Nomes de Domínio e Outras Questões Jurídicas da Internet*. São Paulo: RT, 2003; p. 361. Conforme apontado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Resp 1.067.738/GO: “a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo” (STJ, Resp 1067738/GO, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 26.05.2009).

“O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.”⁷²

Um segundo fundamento para a responsabilização objetiva residiria então na caracterização da relação jurídica travada entre vítima e provedor como uma verdadeira relação de consumo e, a partir dessa constatação, seria aplicado o regime de responsabilização por **defeito do serviço prestado**.

Superados os debates do final da década de noventa sobre a aplicação do CDC para as relações travadas na Internet, vale destacar que o principal argumento inicialmente apresentado pelos provedores em diversas ações para afastar a aplicação do CDC residiu na gratuidade do serviço prestado.

Embora cresçam na rede serviços que não cobram um valor em dinheiro para o usuário deles se valer, entendeu grande parte dos tribunais nacionais que existe onerosidade na relação entre usuário e provedor, ainda que ela seja de natureza indireta. Isto é, ao invés de pagar um valor em dinheiro para remunerar o provedor, o mesmo auferir eventuais lucros de outras formas, especialmente com a criação de uma base de dados sobre o usuário (contendo seus dados cadastrais e hábitos de navegação)⁷³, além de receitas com publicidade que,

⁷² STJ, Resp 1308830, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 08.05.2012. No mesmo sentido, vide STJ, RESP 1306066/MT, rel. Min. Sidnei Beneti; j. em 17.04.2012.

⁷³ Existe aqui uma preocupação com a evolução do tratamento dos dados pessoais dos usuários por parte dos provedores. O Brasil não possui uma lei geral sobre privacidade e dados pessoais, embora a privacidade e a proteção desses dados conste da Constituição (art. 5, X, XI, XII e LXII), do Código Civil (art. 21) e especialmente do CDC (art. 43). O desenvolvimento de novas formas de coletar, armazenar, tratar e dispor dos dados pessoais tem gerado uma série de revisões legislativas pelo mundo afora como um meio de não apenas tutelar esse importante direito, mas também oferecer às empresas

não raramente, exploram esses mesmos dados relativos aos seus usuários.

Conforme esclarece Claudia Lima Marques:

“A expressão utilizada pelo art. 3o do CDC para incluir todos os serviços de consumo é ‘mediante remuneração’. (...) Parece-me que a opção pela expressão ‘remunerado’ significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o ‘benefício gratuito’ que está recebendo. A expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.”⁷⁴

O tema restou assentado em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça. Em um dos primeiros casos a chegar no STJ sobre a responsabilidade civil dos provedores de serviços, a questão já se fez presente, tendo o tribunal afirmado que “para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta.”⁷⁵

cujos modelos de negócio dependem do tratamento de dados pessoais da necessária segurança jurídica para operar. Sendo assim, se por um lado a exploração dos dados pessoais parece ser a outra metade do sinalagma contratual entre usuário e provedor (fornecimento de dados pessoais x não cobrança pela prestação do serviço) é importante perceber como o tratamento desses dados pode ser muito mais valioso do que uma simples prestação pecuniária e merece renovada atenção por parte de legisladores, magistrados e estudiosos das peculiaridades das relações jurídicas travadas na Internet.

⁷⁴ In *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; p. 94.

⁷⁵ STJ, Resp 566468/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 23.11.2004.

Mais recentemente, o STJ reforçou esse posicionamento, assim se manifestando sobre a incidência do CDC na relação travada entre o provedor que explora rede social e a vítima de ofensas exibidas em página de uma comunidade criada na mencionada rede social:

“1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.”⁷⁶

Uma vez acertada que a relação se subsumi ao Código de Defesa do Consumidor, restaria averiguar se o dano causado pelo serviço poderia ser enquadrado como um defeito no serviço prestado. Novamente a questão do risco aflora e aqui revela a importância da primeira pergunta anteriormente referida: se o provedor tem o dever de fiscalizar o conteúdo que trafega em suas páginas, a simples exibição de um conteúdo danoso implicaria em defeito na prestação do serviço.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu em diversas oportunidades que o provedor de serviços não tem o dever de monitorar o conteúdo dos textos, fotos, vídeos e códigos inserido por seus usuários. Conforme consta da ementa do RESP 1308830/RS:

“3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.”⁷⁷

⁷⁶ STJ, Resp 1308830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 08.05.2012.

⁷⁷ STJ, Resp 1308830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 08.05.2012. Vide ainda

Outro argumento contrário à imposição do dever de monitoramento (e consequentemente da responsabilização objetiva) pode ser encontrado na afirmação de que, ao impor a fiscalização sobre os conteúdos postados, estar-se-ia criando um verdadeiro instrumento de censura à liberdade de expressão.

Nessa linha vale ainda mencionar a manifestação da Procuradoria Geral da República em caso atualmente em curso no STF envolvendo a criação de uma comunidade na rede social Orkut e as ofensas reputadamente derivadas da mesma. Na ação movida pela vítima das referidas ofensas se questiona se deveria o provedor monitorar o que é dito nas páginas das comunidades criadas na rede social como forma de prevenir futuros danos. Segundo a PGR:

“(...) não há interferência do provedor no conteúdo publicado pelos usuários na rede de relacionamentos, sendo incompatível com o arcabouço constitucional de regência que se faculte – e tampouco exija – a censura prévia das manifestações veiculadas, sob pena de responsabilização objetiva, que redundaria em indevido e grave constrangimento à própria liberdade de expressão.”⁷⁸

O próprio STJ, em apoio a esse entendimento, já chegou a afirmar que “o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5, XII, da CF/88”⁷⁹.

O posicionamento do STJ sobre os provedores de serviço em geral precisa ser analisado com atenção porque, se por um lado o tribunal reconhece que as relações em foco estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, por outro ele não impõem aos provedores uma responsabilidade de natureza objetiva – que seria a regra das relações submetidas ao CDC

o Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.2012.

⁷⁸ Manifestação da Procuradoria Geral da República nos autos do RE n. 660861/MG, datada de 11.07.2012.

⁷⁹ STJ, Resp 1308830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 08.05.2012.

– levando assim à resposta negativa à primeira pergunta (“os provedores não tem o dever de monitorar e não respondem pela simples exibição do conteúdo”) e ao necessário exame da segunda, isso é, se respondem então os provedores por não retirarem do ar o conteúdo uma vez cientes de sua existência.⁸⁰

A responsabilidade subjetiva dos provedores

O terceiro entendimento, baseado na responsabilidade civil subjetiva, identifica um comportamento do provedor que possa atrair para si a responsabilização pela conduta desempenhada pelo seu usuário. Aqui a teoria se bifurca novamente em dois fundamentos: a responsabilidade decorreria do não atendimento de uma notificação cientificando o provedor da ocorrência do dano, ou do não atendimento tão somente de uma decisão judicial ordenando a retirada do material, sendo essa a orientação adotada pelo Marco Civil da Internet.

Em seus mais recentes posicionamentos sobre o tema, o STJ tem defendido a tese da responsabilidade subjetiva dos provedores justamente pela não remoção do conteúdo reputadamente ilícito quando ciente de sua existência por uma notificação da vítima. Aqui são considerados em conjunto tanto os casos em que o provedor se omite em responder à notificação da vítima ou de forma ativa responde a notificação afirmando

⁸⁰ Afirmando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade de provimento de hospedagem na Internet e conseqüentemente a sua submissão ao regime de responsabilização típico do CDC, assim se pronunciou o STJ em acórdão da Quarta Turma: “Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema.” (STJ, Resp 997993/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão; j. em 21.06.2012).

que não vê motivos para retirar o conteúdo do ar. Nesses casos a responsabilidade, além de subjetiva, seria também solidária com o autor do dano.

Sobre o tema vale transcrever trecho da ementa do Resp nº 1.193.764/SP:

“6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittend”.⁸¹

No mesmo sentido, a ementa do Agravo Regimental no Resp 1.309.891/MG aprofunda o problema da responsabilidade pela não remoção do conteúdo, com ênfase na expressão “imediate”:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. NÃO RETIRADA EM TEMPO RAZOÁVEL.

1. Na linha dos precedentes desta Corte, o provedor de conteúdo de Internet não responde objetivamente pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por não se tratar de risco inerente à sua atividade. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Precedentes.

⁸¹ STJ, Resp 1193764/SP, rel. Min. Nany Andrichi; j. em 14.12.2010.

2. No caso dos autos o Tribunal de origem entendeu que não houve a imediata exclusão do perfil fraudulento, porque a Recorrida, por mais de uma vez, denunciou a ilegalidade perpetrada mediante os meios eletrônicos disponibilizados para esse fim pelo próprio provedor, sem obter qualquer resultado.

Agravo Regimental a que se nega provimento.”⁸²

Do relatório do caso acima, conforme decidido pelo STJ, percebe-se que a decisão do tribunal *a quo* entendeu que a Google, ao explorar a rede social Orkut, não foi diligente para promover a retirada de material ofensivo ao autor da ação já que demorou 11 (onze) dias para promover a retirada. Casos como esse colocam em questão o uso frequente pelo STJ da expressão “imediatamente”, ou mesmo da reação “enérgica” à notificação de um dano causado através de seus serviços.

Os efeitos da responsabilidade pela não remoção do conteúdo depois da notificação

A responsabilidade do provedor pela não remoção do conteúdo uma vez notificado parece intuitiva: se o provedor tem ciência de que alguém alega estar sofrendo um dano por conta de um conteúdo exibido por seu usuário, a pessoa mais indicada para fazer o dano cessar, além do próprio ofensor, seria o provedor. Contudo, essa aparente intuição esconde um perigoso manancial de consequências para a forma pela qual opera a Internet e a tutela de diversos direitos fundamentais envolvidos no deslinde da questão.

Em primeiro lugar deve-se questionar se deve mesmo o provedor retirar prontamente o conteúdo do ar, evitando assim a continuidade do dano. Será que cabe ao provedor apreciar se

⁸² STJ, Agr. Reg. em Resp 1309891/MG, rel. Min. Sidnei Beneti; j. em 26.06.2012.

o conteúdo contestado causa ou não o dano a que se refere a vítima? O perigo dessa alternativa reside no empoderamento dos provedores para decidir o que deve e o que não deve ser exibido mediante critérios que não são apenas aqueles constates em seus termos de uso.⁸³

Sobre o tema, o STJ já teve a oportunidade de manifestar receio com essa ampla delegação para atores privados das formas de controle do discurso na rede ao enfatizar que “há de se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante à subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores.”⁸⁴

O segundo ponto que importa destacar é justamente a intensa subjetividade dos critérios que podem ser utilizados para que um conteúdo seja retirado. Se por um lado não parece fazer sentido responsabilizar os provedores apenas pela exibição do conteúdo quando não se sabe ao certo o que pode ou não causar dano, com mais razão ainda deve ser repudiado um sistema que, de forma pouco transparente e altamente subjetiva, retira conteúdos do ar, colocando em xeque a diversidade e o grau de inovação na Internet.

O grau de inovação na Internet é o terceiro ponto que pode aqui ser relacionado como um argumento contrário à afirmação da responsabilidade subjetiva decorrente da não retirada do conteúdo após notificação. Todo desenvolvimento de nova

⁸³ Pode-se questionar a ambiguidade de alguns termos de uso no que dizem respeito aos critérios para remoção de conteúdo. Todavia, a indicação em termos de uso públicos, disponíveis a todos os usuários e que expressem os padrões pelos quais determinados materiais podem ser removidos pelo provedor, tornam não apenas a relação entre usuário e provedor mais transparente, como também incentivam um aprimoramento do debate sobre liberdade de expressão e prevenção/responsabilização na rede.

⁸⁴ STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.2012.

atividade, incluindo as empresariais, passa pela indagação sobre a sua adequação ao ordenamento jurídico vigente e, em grande parte das vezes, uma investigação sobre eventuais decisões judiciais sobre o assunto. A retirada de conteúdo do ar de forma subjetiva e mediante mera notificação (gerando, caso o conteúdo seja mantido, a responsabilização do provedor) implica em sério entrave para o desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação na rede que, muito razoavelmente, podem não ser desenvolvidas com receio de futuras ações indenizatórias que poderiam ser promovidas caso notificações para a retirada de conteúdos não venham a ser “imediatamente” cumpridas.

Um quarto ponto de destaque pelo qual parece que o sistema de responsabilização em caso de não remoção do conteúdo, uma vez ciente de sua existência, parece complicado é a retirada de apreciação pelo Poder Judiciário de questões que poderiam justamente oferecer maior segurança jurídica para os negócios desenvolvidos na Internet. Se por receio da responsabilização os provedores retiram em massa o conteúdo do ar, o resultado imediato é a redução – talvez sensível – do número de casos em que o Poder Judiciário poderia atuar para traçar os limites da expressão na rede mundial de dispositivos conectados, relegando a um mecanismo de remoção privada o controle sobre a expressão através de novas tecnologias.

Percebe-se aqui o problema: ao se afirmar que o provedor responde se não remover o conteúdo depois de cientificado, abrem-se duas alternativas igualmente prejudiciais à diversidade do discurso na rede: ou bem o provedor retira logo que recebe a notificação e isso dá ensejo à toda série de abusos e à facilidade para se retirar do ar conteúdos que possam ser prejudiciais a terceiros (com forte impacto na liberdade de expressão, de imprensa, direito de crítica e etc), ou bem o provedor luta para manter o conteúdo no ar por entender que ele não tem motivos para ser removido e assim assume o risco de ser reconhecido judicialmente como

responsável pelo mesmo conteúdo. Essa situação parece ser pouco estimulante para a defesa da liberdade de expressão e cria forte desestímulo para pequenos provedores que não suportariam o ônus de um litígio judicial.

Por esse motivo, mesmo que a afirmação de uma responsabilidade subjetiva ofereça resultados superiores àqueles obtidos pela imposição da responsabilização de natureza objetiva, é preciso perceber que a definição do fato gerador da responsabilidade como a notificação de que certo conteúdo é lesivo traz inúmeros prejuízos à forma pela qual opera a Internet e, por isso, precisaria ceder lugar ao segundo fundamento para a responsabilização subjetiva dos provedores, ancorada não no regime de notificação, mas sim na observância de decisões judiciais sobre a matéria, justamente o entendimento contemplado no Marco Civil da Internet.

O caso especial dos “provedores de pesquisa”

Antes de tratar do regime de responsabilização previsto no Marco Civil em si, vale destacar que o STJ tem concedido um tratamento distinto aos chamados “provedores de pesquisa” com relação ao entendimento exposto acima para demais serviços e aplicações, como redes sociais e sites de hospedagem. Em casos apreciados pelo STJ, a Google, enquanto operadora da chave de busca de mesmo nome, teve reconhecida a sua não responsabilização pelos conteúdos exibidos como resultado de pesquisas realizadas por seus usuários.

O caso até então mais célebre é o que envolveu a atriz e apresentadora de televisão Xuxa Meneghel, que buscava compelir a Google a remover do site de pesquisas os resultados relativos à busca pela “expressão ‘xuxa pedófila’ ou, ainda, qualquer outra que associe o nome da autora, escrito parcial ou integralmente, e independentemente de grafia, se correta ou equivocada, a uma prática criminosa qualquer.”⁸⁵

⁸⁵ STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.12.

A decisão do STJ, desfavorável ao pleito da autora, buscou caracterizar a relevância dos provedores de pesquisa (espécie de “provedores de aplicações de Internet”, na linguagem da Lei nº 12695/14) para a indexação das informações encontradas na rede. Segundo consta da ementa do acórdão:

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.⁸⁶

Como consequência do papel relevante desempenhado pelos provedores de pesquisa na Internet, não poderiam eles ser instados a subverter o mecanismo de indexação e endereçamento de páginas alheias, sob pena de se interferir indevidamente em interesses legítimos de natureza coletiva, como o acesso à informação. Nesse ponto desenvolve o acórdão:

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade

⁸⁶ STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.2012.

de informação assegurada pelo art. 220, § 1o, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.⁸⁷

Sendo assim, e traçando um paralelo com os comentários feitos acima sobre a experiência norte-americana no campo da responsabilidade civil de provedores, a ementa do referido caso aponta que a vítima deveria buscar processar quem é o responsável direto pelo eventual dano causado, ou seja, quem efetivamente publicou o conteúdo ilícito, e não o provedor de pesquisa que apenas indexa a informação livremente encontrada na rede:

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.⁸⁸

Dois comentários parecem especialmente relevantes sobre esse e outros casos envolvendo provedores de pesquisa no STJ. O primeiro diz respeito à diferença de tratamento

⁸⁷ STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.2012.

⁸⁸ Conforme consta do voto da relatora: “Em suma, pois, tem-se que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.” (STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.2012).

concedida às ferramentas de busca em comparação com o regime usual adotado para as redes sociais e sites de hospedagem de vídeos. Existem decisões judiciais que não apenas condenam a empresa a indenizar pelo conteúdo divulgado, mas que também obrigam provedores de aplicação a retirar conteúdos do ar a partir de indicações específicas dos autores das ações, criando até um canal permanente de exclusão de conteúdos mediante solicitação dentro dos quadrantes autorizados pelo tribunal.

O STJ, ao apreciar o caso do provedor de pesquisa, explicitamente refutou essa possibilidade, já que aventada na instância anterior pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Segundo consta do voto da Ministra Nancy Andrichi:

“Finalmente, cumpre apreciar a viabilidade da solução final adotada pelo TJ/RJ, de a restrição dirigir-se especificamente a determinado conteúdo, previamente indicado pela vítima.

Em primeiro lugar, noto que essa forma de restrição, se cabível, haverá de emanar sempre de ordem judicial, mostrando-se inviável a simples notificação extrajudicial, diante da impossibilidade de se delegar o juízo acerca do potencial ofensivo de determinado texto ou imagem à discricionariedade da vítima ou do provedor.

Não me escapa o fato de, em precedentes desta Corte envolvendo casos análogos – responsabilidade do provedor de conteúdo por mensagens ofensivas em site de relacionamento social – ter se decidido, de forma genérica, que “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” (REsp 1.186.616/MG, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 31.08.2011. No mesmo sentido: REsp 1.193.764/SP, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 08.08.2011).

Ocorre que, no caso específico dos sites de rede social, o próprio provedor disponibiliza um serviço de denúncia contra conteúdo ilícito ou ofensivo, rogando-se, nos termos de uso a que adere cada usuário, o direito de suprimir a respectiva página.

Há, portanto, um acordo particular que autoriza o provedor a exercer esse juízo discricionário, circunstância ausente nos sites de pesquisa, cuja utilização sequer exige o cadastramento do usuário. Indispensável, pois, que o pedido de exclusão dos resultados de pesquisa de um texto ou imagem específica seja formulado judicialmente.”⁸⁹

O segundo comentário diz respeito à eleição por parte da vítima de certo provedor de pesquisa em detrimento de outras ferramentas que poderiam ser utilizadas para se encontrar exatamente o mesmo conteúdo objeto da ação judicial movida. Nesse caso, pela posição de mercado atualmente ocupada, a Google termina por ser a ré na esmagadora maioria das ações contra provedores de pesquisa.

Em caso apreciado pelo STJ, já se apontou esse dilema, que termina por evidenciar os paradoxos e as limitações dos mecanismos de responsabilização civil na Internet. Segundo consta do voto da Ministra Nancy Andrighi no Resp nº 1407271/SP:

“(...) chama atenção o fato de ter [a vítima] agido exclusivamente contra a Google, quando o vídeo pode ser localizado mediante utilização de diversos outros provedores de pesquisa virtual. Em consulta aos sites CADÊ e BING, por exemplo, mantidos pelas empresas YAHOO e MICROSOFT, foi possível encontrar mais de 100.000 resultados para a busca das expressões objeto dos acordos judiciais.”⁹⁰

⁸⁹ STJ, Resp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 26.06.2012.

⁹⁰ STJ, Resp 1407271/SP, rel. Min. Nancy Andrighi; j. em 21.11.2013.

Seria então a vítima obriga a ingressar contra todos, ou pelo menos contra os mais relevantes provedores de pesquisa para evidenciar a seriedade de sua demanda? Se por um lado essa exigência parece estranha à necessidade de se proteger a pessoa lesionada em direitos como a honra, a imagem e a privacidade, ela evidencia como a ação judicial contra o provedor de pesquisa pode nem mesmo satisfazer o interesse maior da vítima consistente no virtual desaparecimento do material lesivo, especialmente no momento atual de evolução tecnológica com o avanço das formas de compartilhamento de imagens, vídeos e textos a partir de dispositivos móveis e a gradativa facilidade em se reproduzir, transferir, armazenar e criptografar conteúdos.

Lições de um precedente argentino⁹¹

A Suprema Corte da Argentina decidiu em 28 de outubro de 2014 o caso em que a atriz e modelo María Belén Rodríguez procurava responsabilizar provedores de pesquisa pela exibição de fotos suas não autorizadas, além de direcionar a pesquisa pelo seu nome para sites de conteúdo adulto.

A modelo processou a Google e o Yahoo! na Argentina alegando que os seus direitos à privacidade, à imagem e à honra estariam sendo violados com a disponibilização de resultados de busca que levavam para sites adultos. Afirmou ainda a atriz que o uso de pequenas amostras de imagens (*thumbnails*) na pesquisa também representava uma infração ao seu direito à própria imagem. Embora esses conteúdos não tivessem sido gerados pelos provedores de pesquisa, defendeu a atriz que a sua veiculação através das chaves de busca tornava mais fácil o seu acesso. Além da remoção dos links e imagens, foi pedida a

⁹¹ Parte dos comentários à decisão argentina aqui reproduzidos são derivados de artigo elaborado originalmente para o Observatório da Internet no Brasil, um projeto do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br): <http://observatoriodainternet.br/> (acessado em 14.10.2016).

reparação pelos danos causados e que o tribunal ordenasse que os réus desenvolvessem meios para evitar que o dano viesse a se repetir no futuro.

O debate promovido pela Corte girou em torno da função desempenhada por esses provedores para a promoção do acesso ao conhecimento e à informação, além dos impactos que uma decisão que viesse a impor uma filtragem sobre os sites poderia gerar na tutela da liberdade de expressão. De outro lado, procurou-se compreender como danos causados pela rede poderiam ser evitados sem que isso implicasse censura prévia por parte dos provedores. Essa é justamente a mesma direção apontada pelo Marco Civil da Internet brasileiro ao dispor sobre o tema.

A primeira questão analisada pela Suprema Corte era saber se os provedores de pesquisa poderiam estar sujeitos a alguma forma de responsabilidade objetiva, ou seja, se eles poderiam ser responsabilizados apenas pela veiculação do conteúdo em si, independentemente de qualquer conduta culposa de sua parte. Esse tipo de responsabilidade é geralmente derivado da afirmação pelos tribunais de que certa atividade coloca em risco direitos de terceiros. Assim, mesmo sem qualquer notificação, seja pelo particular ou por alguma autoridade competente, o provedor já seria responsabilizado. O tribunal rejeitou, por unanimidade, essa tal abordagem.⁹²

Ao fazê-lo, o tribunal observou que as chaves de busca desempenham um “papel-chave na disseminação global de conteúdo online, facilitando muito o acesso e a identificação dos dados relevantes para bilhões de usuários.” Assim, o tribunal entendeu que não existiria qualquer dever prévio dos provedores de monitorar a sua plataforma em busca de conteúdos potencialmente lesivos, tendo em vista que essa avaliação pode ser altamente subjetiva.

⁹² A íntegra da decisão argentina pode ser encontrada no link: <http://www.dataprivacylaws.com.ar/wp-content/uploads/2014/11/CSJN-Rodriguez-Maria-Bel%C3%A9n-c-Google-Inc.-s-28-oct-2014.pdf> (acessado em 14.10.2016).

Mas o que acontece se o provedor recebe uma notificação da vítima alegando que certo conteúdo está causando danos? Deveria então o provedor agir para remover o material? E se ele falhar em remover o conteúdo ou mesmo optar por não fazê-lo ao entender que não existe dano no caso reclamado?

O Tribunal considerou então que a simples notificação privada não seria suficiente para gerar a responsabilidade dos provedores. Em sua decisão, a Suprema Corte argentina questiona os efeitos de se criar um sistema em que qualquer pessoa poderia notificar o provedor e com isso ver o conteúdo removido. Aproximando-se de um cenário de verdadeira censura privada, a Corte afirmou que esse resultado terminaria por privar o Poder Judiciário de agir como instância legítima para averiguar se um material é realmente lícito ou ilícito.

Segundo consta da decisão, apenas uma ordem judicial ou notificação de autoridade competente teria o condão de dar ao provedor a ciência inequívoca de que um conteúdo é ilícito e que precisaria ser tomada medida para a sua remoção. Todavia, como exceção, entendeu ainda a Corte que essa regra poderia ser afastada em casos de materiais cuja ilicitude fosse manifesta, enquadrando-se nessa categoria a pornografia infantil, ameaças de morte, genocídio e “lesões deliberadas à honra” de terceiro.

Ou seja, a regra geral, conforme a decisão argentina, determina que os provedores de pesquisa não respondem objetivamente pelo conteúdo que indexam. Eles apenas podem ser responsáveis se não cumprem uma notificação que dá ciência inequívoca da ilicitude do material, como ocorre com uma decisão judicial. A exceção à essa regra recai sobre os casos em que a ilicitude é manifesta, sendo em tais circunstâncias possível que um particular, mediante notificação, possa ter o provedor responsável se ele não age para remover o material depois de notificado.

Se o Tribunal foi unânime na aferição desse regime de responsabilidade dos provedores, o mesmo não aconteceu

com a questão do uso não autorizado da imagem da atriz nos *thumbnails* visualizados na pesquisa por imagens. Embora a maioria tenha isentado os provedores de qualquer responsabilidade por esse uso, dois ministros da Suprema Corte defenderam a tese de que a Lei de Propriedade Intelectual da Argentina não permitira esse uso já que o mesmo não é autorizado e não se enquadra nas exceções ao direito à imagem lá previstas (como o uso sem consentimento da imagem alheia para fins científicos, acadêmicos ou culturais). Segundo o artigo 31 da Lei 11.723: “Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.”

Ainda existiu divergência entre os julgadores no que diz respeito à criação de meios para evitar que o dano venha a se repetir no futuro. A atriz demandou que os provedores passassem a criar um filtro para impedir que o mesmo conteúdo ilícito pudesse voltar à tona e ser encontrado através das ferramentas de busca. Esse é um ponto extremamente delicado, já que tais filtros geralmente não são precisos e podem terminar por bloquear muito mais do que se intencionava, atingindo homônimos e manifestações legítimas do pensamento. A maioria da Corte entendeu que não caberia ao tribunal exigir a implementação desses filtros, salvo em questões claramente excepcionais, conforme enunciado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A consequência dessa decisão por maioria é a determinação de que a vítima do dano deve necessariamente apontar de forma clara a localização do conteúdo que ela deseja ver removido. Ou seja, para que os tribunais possam determinar a sua remoção, os conteúdos devem vir indicados com a correspondente URL ou outro meio preciso de localização, evitando assim a restrição de acesso ao material por meio de filtros e bloqueios genéricos.

E o que essa decisão pode gerar como precedente na região? Além de ser a primeira decisão de uma Corte Constitucional na

América do Sul que se debruça com maior profundidade sobre a responsabilidade civil dos provedores de pesquisa, ela deverá receber uma repercussão maior⁹³ pelo resultado que a mesma alcança na ponderação entre a necessidade de se compensar danos causados na rede com o potencial de ameaça à liberdade de expressão que filtros e bloqueios poderiam causar.

Em suas razões de decidir, a Corte argentina citou ainda o Marco Civil da Internet brasileiro para afirmar que a solução encontrada pelo tribunal ia na mesma direção daquela prevista em nossa Lei n. 12.965/14.⁹⁴

Segundo Darian Pavli, o julgamento argentino pode criar condições para a construção de uma terceira via sobre responsabilidade civil de intermediários, ficando entre os extremos apresentados pelos Estados Unidos, que possui uma larga isenção de responsabilidade como regra (e um sistema de notificação e retirada para direitos autorais) e a Europa, que permitiria um espaço maior para a notificação privada.⁹⁵

Uma preocupação que fica para o futuro é a exceção prevista pelo tribunal no sentido de que em casos de manifesta ilicitude

⁹³ <http://www.lanacion.com.ar/1739554-los-buscadores-de-internet-no-son-responsables-de-los-contenidos> (acessado em 14.10.2016)

⁹⁴ É verdade que tanto a decisão judicial argentina como o Marco Civil compartilham do entendimento de que os provedores de aplicações apenas respondem pelos conteúdos de terceiros caso falhem em cumprir uma ordem judicial. Todavia, o Marco Civil faz uma distinção entre provedores de conexão (os que dão acesso à rede) e os de aplicações (como pesquisa, hospedagem, redes sociais e etc). Os primeiros não respondem pelos atos de seus usuários (art.18) e os segundos apenas se não cumprirem ordem judicial (com a exceção dos direitos autorais e de materiais de “pornografia de vingança”, conforme os artigos 19 e seguintes). A Suprema Corte argentina citou o artigo 18 do Marco Civil da Internet, que trata dos provedores de conexão, quando na verdade seria mais adequado ter citado o artigo 19, que trata justamente dos provedores de aplicações, como são Google e Yahoo! ao oferecer um serviço de chave de busca.

⁹⁵ PAVLI, Darian. “Case Watch: Top Argentine Court Blazes a Trail on Online Free Expression”, in <http://www.opensocietyfoundations.org/voices/case-watch-top-argentine-court-blazes-trail-online-free-expression> (acessado em 14.10.2016).

a regra poderia ser afastada, gerando uma responsabilidade do provedor ao falhar em atuar depois de ter *inequívoca ciência* do material lesivo. Ao dar exemplos de casos de manifesta ilicitude como “lesões deliberadas à honra” permanece o perigo de que o julgamento sobre a ilicitude de conteúdo postado online seja extremamente subjetivo. Dependendo de como caminharem as decisões futuras, essa abertura concedida pelo tribunal poderia mesmo transformar a exceção em regra.

A Suprema Corte argentina buscou alcançar um equilíbrio entre a tutela da liberdade de expressão e dos direitos da personalidade ao afirmar que os provedores de pesquisa não são responsáveis pelo conteúdo que indexam, salvo se não cumprirem ordem judicial que determine sua remoção, ou não atuem depois de ter ciência inequívoca de material flagrantemente ilícito (ainda que por via de notificação privada).

A responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet

A Lei nº 12.965/2014 busca estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede no Brasil”, conforme consta de sua epígrafe. Pioneira pelo fato de ter sido resultante de um processo de consulta realizado através da própria rede,⁹⁶ o Marco Civil da Internet, antes mesmo de chegar ao Congresso Nacional, já apontava que o tema da responsabilidade civil dos provedores seria um dos mais debatidos, juntamente com a neutralidade da rede e a proteção dos dados pessoais.

O Marco Civil foi a primeira experiência de utilização da Internet como forma de abrir o debate sobre o texto de um anteprojeto de lei e garantir assim que um número muito mais expressivo do que aquele que participa das tradicionais audiências públicas pudesse fazer parte do processo legislativo.

⁹⁶ <http://culturadigital.br/marcocivil/>, acessado em 15.10.2016.

Especificamente no que diz respeito ao debate sobre o regime de responsabilidade civil de provedores, a Lei nº 12.965/14 diferencia o tratamento concedido aos provedores de conexão daquele dedicado aos provedores de aplicações.

Provedores de conexão

Responsabilizar o provedor de conexão pelas condutas de seus usuários é uma prática rechaçada pelos tribunais nacionais e estrangeiros desde o final dos anos noventa.⁹⁷ Desde então dois têm sido os argumentos usualmente elencados para se reconhecer a ausência de responsabilidade dos provedores de conexão por atos de terceiros, no caso seus usuários, que venham a causar danos.

O primeiro argumento reside na impossibilidade técnica por parte dos provedores em evitar comportamentos lesivos de seus usuários. Vale ressaltar que essa conduta dos provedores de conexão não apenas é impossível como também indesejada, já que levaria fatalmente ao aumento de práticas de monitoramento em massa e de adequação legal controvertida.

O segundo argumento, por sua vez, transcende o aspecto tecnológico, ao focar a quebra de nexo causal existente entre o dano causado a terceiro e o ato de simplesmente disponibilizar o acesso à rede para um usuário. A conexão à Internet **não parece ser a causa direta e imediata do dano sofrido pela eventual vítima, mas sim o comportamento concretamente desempenhado pelo usuário que gerou o conteúdo ilícito.**

A Lei nº 12.965/14 repercute essa orientação em seu artigo 18, assim redigido de forma a isentar os provedores de conexão de responsabilização pelos atos de seus usuários:

⁹⁷ No plano internacional veja-se a decisão da Corte Distrital dos Estados Unidos da América (Northern District of California) no caso *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, j. em 21.11.1995. Dentre as decisões dos tribunais brasileiros vide TJRS, Ap. Civ. nº 70001582444, rel. Antônio Correa Palmeiro da Fontoura, j. em 29.05.2002.

Art. 18. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Vale ainda destacar, ainda que pareça óbvio, que o disposto no artigo 18 trata exclusivamente da responsabilidade dos provedores de conexão por atos de terceiros, sendo os mesmos responsáveis pelos danos que vierem a causar por atos próprios, conforme farta jurisprudência encontrada nos tribunais nacionais. Dentre os casos de responsabilidade de provedores de conexão estão situações envolvendo danos causados a seus próprios usuários, como a não disponibilização de serviços nas condições contratadas e em desacordo com a regulação setorial.

Provedores de aplicações de Internet

No que tange especificamente à responsabilidade civil dos provedores de aplicações, o Marco Civil trata do assunto primordialmente em seu artigo 19, assim redigido:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 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.

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

Como se pode notar, o Marco Civil afirma de início o entendimento pela responsabilidade subjetiva dos provedores, ou seja, ele afasta a responsabilidade de natureza objetiva, pela simples exibição do conteúdo danosos, seja com base na teoria do risco, seja com base no defeito do serviço prestado.

Por outro lado, se o Marco Civil aponta o sentido da responsabilidade subjetiva, o mesmo também se divorcia do entendimento de que os provedores deveriam ser responsabilizados se, uma vez tornados cientes do conteúdo reputadamente ilícito, não tomam providências para a sua remoção. Aqui reside talvez uma das mais aceras controvérsias da Lei, já que o Marco Civil apenas considera que os provedores poderiam ser responsabilizados se não cumprissem ordem judicial para a retirada do conteúdo.

De início é importante destacar que, uma das mais frequentes críticas ao dispositivo afirma que o Marco Civil

apenas permitiria a remoção de conteúdo mediante ordem judicial. Salvo melhor juízo, esse não parece ser o entendimento decorrente da leitura do dispositivo invocado.

O que o Marco Civil determina é a salvaguarda dos provedores de aplicações no sentido de que os mesmos apenas serão responsabilizados se não cumprirem ordem judicial para a retirada do material ofensivo. Isso não impede que os provedores possam determinar requisitos para a remoção de conteúdo em seus termos de uso e atendam eventuais notificações enviadas pelas supostas vítimas de danos decorrentes do conteúdo publicado.

A adoção dessa medida visa a combater a indústria das notificações para remoção de conteúdo pelos mesmos argumentos apresentados anteriormente. O Marco Civil assume posição de defesa da liberdade de expressão e garante aos provedores a imunidade que neutraliza o temor que poderia existir no sentido de que a não remoção do conteúdo, depois da notificação, geraria a sua responsabilização.

Analisando o texto do Marco Civil enquanto ainda tramitava no Congresso Nacional, ressaltou André Zonaro Giacchetta:

“O texto do projeto de lei [do Marco Civil] claramente privilegia a garantia de direitos dos usuários da Internet, em lugar de restringir as suas liberdades. Trata-se de uma norma formatada para o usuário de boa-fé. Há evidente opção pela garantia da livre manifestação do pensamento e da expressão, assim como da privacidade dos usuários da Internet e da proteção dos dados pessoais.”⁹⁸

Adicionalmente, vale ressaltar que a solução proposta pela Lei nº 12.965/14 não condiciona a parte interessada a necessariamente

⁹⁸ GIACCHETTA, André Zonaro. “A Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet e o Anteprojeto de Reforma da Lei n 9610/98 (“Lei de Direitos Autorais)””, In *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 117 (mar-abr/2012); p. 39.

ingressar com uma ação judicial para retirar o conteúdo, já que isso dependerá dos termos de uso dos websites, do conteúdo divulgado, do convencimento da notificação submetida pela parte⁹⁹, mas certamente direciona o equacionamento de uma eventual divergência entre vítima e provedor para o Poder Judiciário. Aqui o Marco Civil reconhece que é justamente o Judiciário a instância legítima para o deslinde da questão.

Pode-se afirmar, em resumo, que no artigo 19 do Marco Civil: i) restou clara a responsabilidade subjetiva por omissão do provedor de aplicações de internet que não retira o conteúdo ofensivo após a devida ordem judicial; ii) como regra, a mera notificação extrajudicial não ensejará o dever jurídico de retirada do material questionado; iii) a opção de responsabilidade de viés subjetivo coaduna-se com o fim de assegurar a liberdade e evitar a censura privada na rede; iv) o Poder Judiciário foi considerado a instância legítima para definir a eventual ilicitude do conteúdo questionado e para construir limites mais legítimos para a expressão na rede, o que, por consequência, também promove uma maior segurança para os negócios desenvolvidos na Internet; e v) a remoção de conteúdo não dependerá exclusivamente de ordem judicial, de forma que o provedor poderá, a qualquer momento, optar por retirar o conteúdo caso ele vá contra os termos de uso que regem a plataforma.

⁹⁹ Nesse sentido esclarecem Renato Opice Blum, Paulo Sá Elias e Renato Leite Monteiro: “Importante destacar que apesar de em nenhum momento no projeto de lei se afirma que um conteúdo somente será retirado com ordem judicial, muitas vezes a interpretação dada a proposição acima é esta, de que será necessária uma ordem judicial para que o conteúdo seja removido. Não, o conteúdo poderá, também, ser retirado sem a prolação de ordem judicial, como nos casos em que este vai de encontro aos termos de uso de um serviço ou na existência de lei específica que regule a retirada de conteúdo determinado. Um serviço de aplicação tem a discricionariedade para escolher quais conteúdos aceitará em sua plataforma. E estas regras são aceitas pelos usuários ao iniciarem o uso dos serviços.” In “Marco Regulatório da Internet Brasileira: Marco ‘Civil’” (<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI157848,91041-Marco+regulatorio+da+Internet+brasileira+Marco+Civil>, acessado em 15.10.2016).

Judicialização e seus efeitos

Se essa medida não necessariamente direciona todas as demandas sobre conteúdo publicado na Internet para o Judiciário, ela – e aqui reside o seu efeito mais positivo – acaba estimulando os provedores a não remover o material apenas porque o mesmo gerou uma notificação e incentiva assim que a vítima busque o Poder Judiciário e fundamente em sede de ação judicial os motivos pelos quais um determinado conteúdo precisa ser removido da Internet.¹⁰⁰

É verdade que a velocidade da Internet supera em muito a velocidade de um processo judicial, razão pela qual é sempre importante destacar que, convencido o magistrado de que existem boas razões para concluir que a permanência do conteúdo no ar agravará sensivelmente a situação da vítima, deve o mesmo acolher uma medida liminar para a remoção do conteúdo.¹⁰¹

Nesse sentido, a afirmação da competência dos Juizados Especiais para questões relacionadas ao “ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na Internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade,

¹⁰⁰ Para uma crítica baseada na judicialização dos casos que envolvam danos causados na rede, vide Marcelo Thompson. “The Insensitive Internet – Brazil and the Judicialization of Pain” (<http://www.iposgoode.ca/wp-content/uploads/2010/05/Marcelo-Thompson-The-Insensitive-Internet-Final.pdf>, acessado em 15.10.2016).

¹⁰¹ Como explicitado por Marcel Leonardi: “Como isto [a propositura de ação civil em face de réu indeterminado] não é possível no processo civil brasileiro, uma das vias à disposição da vítima será a propositura de ação de obrigação de fazer em face do provedor de serviços, objetivando compeli-lo a fornecer as informações de que dispuser para a identificação e localização do responsável pelo ato ilícito (tais como seus registros de conexões, contendo os números de IP utilizados para a prática do ilícito, e seus dados cadastrais). Se necessário, também deverá ser formulado pedido no sentido de fazer cessar imediatamente o ilícito, removendo ou bloqueando o acesso ao conteúdo ofensivo.” (*Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet*. Brasília: Juarez de Oliveira; p.207)

bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de Internet”, conforme consta do parágrafo terceiro do artigo 19, parece tentar estancar as críticas sobre a judicialização que a aprovação da Lei poderia causar.

Note-se que, da forma como está redigido, o Marco Civil viabiliza soluções para acomodar os interesses em jogo de forma a prestigiar a liberdade de expressão, definindo claramente o papel do provedor e assegurando ao mesmo um função de destaque na prevenção e na eliminação do dano sem que isso seja alcançado de forma através de juízos arbitrários ou de simples temor de futura responsabilização.

Ao mesmo tempo, caso a situação venha a ser judicializada, o Marco Civil afirma ser o Poder Judiciário a instância mais adequada para a resolução de casos como os aqui analisados e reforça a convicção de que a constante atualização dos magistrados sobre a evolução das modernas tecnologias de comunicação e informação será crucial para o exercício de suas funções e para a melhor compreensão de uma sociedade que progressivamente se transforma pelo uso intensivo e crescente da rede.

Sendo assim, o Marco Civil da Internet, como visto, opta pelo entendimento de que a responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet deve ser de natureza subjetiva e assim está em consonância com a linha jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, dentro do entendimento pela responsabilidade subjetiva existem sutilezas cruciais para o desempenho das funções atuais da Internet e de seus agentes e, nesse particular, o Marco Civil se divorcia do rumo adotado anteriormente pelo STJ e determina a responsabilização dos provedores não pela ciência gerada por mera notificação da vítima, mas sim pelo eventual descumprimento de ordem judicial.

Duas exceções ao regime de responsabilização

A Lei nº 12.965/14 traz duas importantes exceções ao regime de responsabilização descrito no caput do artigo 19: a primeira diz respeito às violações de direitos autorais, conforme disposto no parágrafo segundo do mesmo artigo e a segunda trata dos casos da chamada “pornografia de vingança”, constante do artigo 21.

Para ambos os casos não se aplica a regra de que os provedores somente poderão ser responsabilizados caso venham a descumprir ordem judicial ordenando a remoção do conteúdo. Por motivos distintos, as duas hipóteses gerariam o efeito de que o provedor poderia ser notificado e, caso não venha a indisponibilizar o conteúdo, ser responsabilizado judicialmente.

A exceção relativa aos direitos autorais foi decorrente de uma demanda constante, em especial das empresas de rádio e televisão, para que o regime do Marco Civil não modificasse a prática estabelecida de envio de notificações para a remoção de conteúdo autoral disponibilizado sem a correspondente autorização ou fora dos quadrantes permitidos pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98). A jurisprudência vem reconhecendo a responsabilidade do provedor de aplicações quando, uma vez notificado, não procede à remoção do conteúdo.

Um fator de complicação adicional consiste no fato de que o Governo Federal, através do Ministério da Cultura, vem desenvolvendo nos últimos anos um processo de consultas para a reforma da Lei de Direitos Autorais, tratando de temas como a responsabilidade civil por violações aos direitos autorais na Internet. Sendo assim, retirar a questão dos direitos autorais do Marco Civil impediria que os dois processos chegassem a soluções díspares, tornando ainda mais complexo o enquadramento da questão.

De qualquer forma, vale notar que o Marco Civil não apenas remeteu a questão das violações de direitos autorais na Internet para a lei competente. A Lei nº 12.965/14, no parágrafo segundo do artigo 19, esclarece que o tratamento que venha a ser dado ao tema na Lei de Direitos Autorais deve “respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

A parte final do mencionado dispositivo é bastante reveladora, já que uma das diretrizes do processo de reforma da Lei de Direitos Autorais é construir um espaço de tutela desses direitos em constante ponderação com demais direitos fundamentais, como o acesso ao conhecimento e a liberdade de expressão, evitando abusos no exercício desse direito. Assim, o Marco Civil adianta uma das diretrizes da reforma da Lei de Direitos Autorais, já traçando uma condicionante interpretativa e de aplicação para qualquer que seja a solução adotada na lei específica.

A segunda exceção à regra do caput do artigo 19 do Marco Civil é o regime especial detalhado no artigo 21 para os casos de disponibilização de conteúdos usualmente denominados de “pornografia de vingança”¹⁰². Assim está redigido o dispositivo:

Art. 21. O provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação 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.

¹⁰² http://pt.wikipedia.org/wiki/Pornografia_de_vingan%C3%A7a, acessado em 15.10.2016.

Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Essa norma decorreu de uma demanda presente nos trabalhos legislativo de aprovação do Marco Civil no sentido de se proteger situações infelizmente usuais em que um conteúdo de natureza íntima é divulgado na rede sem a autorização de uma ou mais pessoas retratadas. Episódios de suicídios de meninas retratadas em vídeos íntimos publicados e compartilhados online sem a sua autorização no ano que antecedeu a aprovação do Marco Civil contribuíram também para que esse dispositivo fosse adicionado à redação original do projeto.

O artigo 21 cria um regime de responsabilização distinto daquele geral, presente no artigo 19, ao prever a responsabilidade do provedor de aplicações caso o mesmo não retire o conteúdo impugnado do ar. É importante destacar que o artigo possui uma série de condicionantes para essa responsabilização que ainda carecem de maior experimentação na jurisprudência brasileira. Especial destaque deve ser dada à parte final do *caput* que vincula a responsabilização do provedor à comprovação de que o mesmo tenha agido de modo a “deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.”¹⁰³

Responsabilidade no centro do Marco Civil

Depois de mais de uma década de decisões judiciais sobre a responsabilidade civil dos provedores na Internet, a Lei nº 12.965/14 aponta para uma tentativa de regulação que possa sopesar todos os interesses envolvidos no debate.

¹⁰³ O debate sobre os condicionantes técnicos para a indisponibilização do conteúdo já figurou em alguns julgados do STJ, com destaque para o Resp nº 1306157/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 17.12.2013.

É importante afirmar que o Marco Civil é uma iniciativa que busca conduzir os direitos fundamentais ao papel de primazia na regulação das novas tecnologias e em especial da Internet. As soluções encontradas em seus artigos, surgidas de amplos debates presenciais e através da rede, apontam para um futuro intrigante não apenas para os temas que fazem a interface entre o Direito e as tecnologias da informação e da comunicação, mas para a regulação jurídica como um todo.

Ao garantir um espaço central para o tema da responsabilidade civil, delimitando o regime de responsabilização de provedores, o Marco Civil fortalece a tutela da liberdade de expressão e garante que novos modelos de negócio possam prosperar. O estímulo às liberdades e ao potencial de inovação da Internet não é usualmente lembrado quando se debate temas envolvendo responsabilidade civil.

De toda forma, é importante destacar essa vinculação para que se compreenda como um regime de responsabilização importa no equilíbrio entre as demandas de proteção dos usuários na rede como também na criação de um ambiente que possa aproveitar o que de melhor a rede possa oferecer.

Neutralidade da Rede

A Internet e sua natureza aberta

É possível traçar as origens da Internet a uma rede originalmente militar denominada ARPANet¹⁰⁴. Até o final da década de 1960, as redes de computadores existentes eram, grossomodo, construídas ao redor de um computador central que as gerenciava, que concentrava todas as comunicações da rede. A ARPANet foi criada como uma alternativa à essa característica centralizada das redes de então, o que era percebido pela área militar americana como uma vulnerabilidade¹⁰⁵.

A ARPANet era capaz de conectar diferentes redes de computadores, sem depender de um grande servidor central. Para fazê-lo, adotava uma arquitetura descentralizada, “*end to end*”¹⁰⁶,

¹⁰⁴ “*The Internet was born about 20 years ago, trying to connect together a U.S. Defense Department network called the ARPANet and various other radio and satellite networks. The ARPANet was an experimental network designed to support military research--in particular, research about how to build networks that could withstand partial outages (like bomb attacks) and still function. (Think about this when I describe how the network works; it may give you some insight into the design of the Internet.)*” (“FYI on ‘What is the Internet’”, RFC 1462, de maio de 1993).

¹⁰⁵ Seguimos, aqui, a exposição de BARRADAS, Ovídio. *Você e as Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Interciência, 1995, pp. 236-238.

¹⁰⁶ “*In the ARPANet model, communication always occurs between a source and a destination computer. The network itself is assumed to be unreliable; any portion of the network could disappear at any moment (pick your favorite catastrophe--these days backhoes cutting cables are more of a threat than bombs). It was designed to require the minimum of information from the computer clients. To send a message on the network, a computer only had to put its data in an envelope, called an Internet Protocol (IP) packet, and “address” the packets correctly. The communicating computers--not the network itself--were also given the responsibility to ensure that the communication was accomplished. The philosophy was that every computer on the network could talk, as a peer,*

baseada na comutação de pacotes de dados¹⁰⁷. Essa arquitetura foi concretizada por meio do “*Internet Protocol*”, ou “IP”, que consiste no conjunto de padrões técnicos que permite enviar *pacotes de dados* através de redes diversas, inclusive de características diferentes, integradas pela adoção deste protocolo.

Um pacote de dados pode ser imaginado, grosso modo, como um envelope, no qual fragmentos de informação são transportados pela rede. No interior do envelope há o seu conteúdo (um vídeo, mensagem de texto, foto ou qualquer outra informação). No exterior do envelope há o seu endereçamento (chamado “header” ou “cabeçalho”) que por meio do protocolo IP¹⁰⁸ determina o caminho a ser percorrido.

Graças a essa arquitetura “aberta”, a ARPANet passou a ser utilizada para interligar cada vez mais redes de características diferentes. Inicialmente, essas redes conectavam institutos de pesquisa dos Estados Unidos e, posteriormente, também da Europa e da Ásia. Todas essas redes foram sendo interconectadas empregando o protocolo IP, que eventualmente deu seu nome à própria rede construída sobre ele. Daí o termo “Internetworking”, que acabou contraído para simplesmente “Internet¹⁰⁹”.

with any other computer.” (“FYI on ‘What is the Internet’”, RFC 1462, de maio de 1993).

¹⁰⁷ Referidos também como *datagramas*, que são assim definidos: “A self-contained, independent entity of data carrying sufficient information to be routed from the source to the destination computer without reliance on earlier exchanges between this source and destination computer and the transporting network” (“FYI on Questions and Answers Answers to Commonly asked ‘New Internet User’ Questions”, RFC .1594, de março de 1994, substituída pela RFC 2664, de agosto de 1999).

¹⁰⁸ Atualmente esse “endereçamento” é feito pela versão 4 do protocolo IP (chamada IPv4) e que será sucedida por sua versão 6 (IPv6).

¹⁰⁹ “Em 1969 foi implantada a ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), interligando centros de pesquisas, que implementavam esta nova tecnologia. Esta rede logo se expandiu para várias universidades, testando aplicações, como consultas a bancos de dados, correio eletrônico e outras. Para operação da rede foi inventado o protocolo “The Internet Protocol” (IP). Este protocolo evoluiu para um conjunto de protocolos denominado

Essas características técnicas originais dão à Internet seu caráter de rede aberta, capaz de integrar as mais diversas redes. Por meio do protocolo IP (Internet Protocol), a Internet pode ser representada como uma ampulheta.

Na camada superior da Internet (representada pelo topo da ampulheta, por exemplo), admite-se qualquer tipo de *conteúdo* (v.g. email, chamadas telefônicas, vídeos, mensagens curtas, etc.). Na sua camada inferior, encontra-se todos os tipos de infraestrutura de acesso (v.g. par de cobre usado no provimento de telefonia fixa, radiofrequência utilizada em telefonia móvel, cabo coaxial da rede de TV por assinatura e recentemente até fibra ótica para transmissão de dados em alta capacidade). Esta arquitetura permite a conexão de qualquer tipo de dispositivo (v.g. computadores pessoais, celulares, videogames, eletrodomésticos conectados, etc.) aos conteúdos disponibilizados na camada superior.

Além de ser capaz de integrar toda e qualquer rede – **inclusive redes fechadas, limitadas ou de acesso restrito**¹¹⁰

TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol), que rapidamente se tornou conhecido no ambiente de pesquisas desenvolvidos por Vint Cerf e Bob Khan e publicados em maio de 1974. Mais tarde, para a rede, foi adotado o nome de seu protocolo – Internet, contração de “Internetworking”, que denota a capacidade de integrar diferentes redes.

Ao longo da década de 1970, esta rede se expandiu, interligando outras entidades científicas, agora no âmbito mundial. Foi aberta comercialmente ao público, na década de 1980 e logo milhares de redes e muitas centenas de milhares de computadores estavam interligados à Internet, via TCP/IP. A partir de meados desta década, surgiu a atual Internet, na base de adesões espontâneas em todo o mundo.” (BARRADAS, Ovídio. *Você e as Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Interciência, 1995, p. 236).

¹¹⁰ Do caráter aberto da Internet decorre a possibilidade de sua utilização até mesmo para a integração de redes fechadas, que também se utilizam do mesmo protocolo IP, a ela se integrando. Cotidianamente, rodam sobre a Internet redes limitadas, com circuitos restritos, utilizando-se do mesmo protocolo IP que caracteriza a Internet. Por exemplo, sobre a Internet são constituídas redes privadas sobre protocolo IP, que incluem VPNs (*virtual private networks*), VPLNs (*virtual private lan services*) e várias outras modalidades. Vale notar que essa capacidade de integrar redes privadas sobre a rede pública é uma característica essencial da Internet aberta. Ver, por

– a característica da Internet é de que ninguém precisa pedir permissão para se conectar a ela, ou para enviar e receber dados por meio dela.

Essas duas características – a possibilidade de integração de quaisquer redes, abertas ou fechadas, por meio do protocolo IP e a possibilidade de conexão aberta a qualquer interessado – são elementos essenciais da Internet. O protocolo IP é essencialmente *neutro* em relação à integração de outras redes e à abertura da Internet. Uma proposição famosa refere a esse método neutro de transporte de dados como “estúpido” – isto é: numa arquitetura de rede “*end-to-end*”, como a da Internet, o transporte dos pacotes de dados obedece primordialmente à ordem de endereçamento definida pelo próprio pacote.

Em outras palavras, na arquitetura da Internet, o pacote de dados é quem dá sua destinação, de modo que a rede permaneceu neutra com relação à destinação daqueles pacotes¹¹¹⁻¹¹². Nesse modelo, não se concebe, por exemplo,

exemplo, o *Request for Comments* nº 1918 da *Internet Engineering Task Force - IETF*, comunidade internacional formada por técnicos, agências, fabricantes e pesquisadores dedicados a estudar e propor padrões e soluções para o correto funcionamento da rede mundial de computadores: <https://tools.ietf.org/html/rfc1918>, acessado em 15.10.2016.

¹¹¹ “*In the Stupid Network, the data would tell the network where it needs to go. (In contrast, in a circuit network, the network tells the data where to go.) In a Stupid Network, the data on it would be the boss. Instead of fancy “intelligent” network routing translation, in a Stupid Network, intelligent end-user devices would be connected to one or more high speed access networks - always listening for relevant information, for data addressed to their owner. Sometimes a “communication” might be a few bits, perhaps a short, pager-type message. Other times, it might be longer, like email. In the event of the need for two-way voice communication, an initial message might state the identity of the “caller,” and/or inquire of the whereabouts of the owner. The intelligent end-user device could apply its knowledge of where its “owner” was, and who the caller was. Then, if it were programmed to do so, it could launch a message to its owner, telling of the call, the caller’s identity, location, and any other information. It could also forward as much information as practical. End user devices would be free to behave flexibly because, in the Stupid Network the data is boss, bits are essentially free, and there is no assumption that the data is of a single data rate or data type.*” (Isenberg, David. *The Rise of the Stupid Network*, in: *Computer Telephony*, Agosto de 1997, pp. 16-26).

¹¹² O uso da expressão neutro, nesse parágrafo, não ignora a existência

que um determinado operador de rede determine outras formas de encaminhamento de pacotes, privilegiando-os ou desprivilegiando-os, por conta do conteúdo que é carregado neles.

Demi Getschko¹¹³, um dos pioneiros da Internet no Brasil e diretor-presidente do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), expõe de maneira didática essa neutralidade *inerente* à definição da Internet:

“Uma forma de abordar, ao menos parcialmente, a complexa semântica da expressão “a Internet deve ser neutra” é fazer analogia a um princípio técnico básico, que sempre inspirou a rede. A Internet foi concebida como sendo primariamente uma rede fim a fim. Nela, os pacotes de dados, iniciados num ponto da borda da rede e destinados a outro ponto, não devem sofrer nenhuma interferência indevida. Não soa como um princípio estranho e não deveria ser algo que causasse espécie a alguém... Afinal, é similar

de regras técnicas de organização e priorização do tráfego de dados na Internet, propostas conjuntamente para a organização de toda a rede. Veja-se, a propósito o conjunto das RFCs – Requests For Comments, documentos técnicos de especificação da Internet elaborados pelo *Internet Engineering Task Force - IETF*, <http://www.ietf.org/rfc.html>, acessado em 14.10.2016.

Nesse mesmo sentido, é interessante ler o comentário de David Isenberg: “*in the Stupid Network, because the data is the boss, it can tell the network, in real time, what kind of service it needs. And the Stupid Network would have a small repertoire of idiot-savant behaviors to treat different data types appropriately. If the data identified itself as financial data, the Stupid Network would deliver it accurately, no matter how many milliseconds of delay the error checking would take. If the data were two-way voice or video, the Stupid Network would provide low delay, even at the price of an occasional flipped bit. If the data were entertainment audio or video, the Stupid Network would provide wider bandwidth, but would not necessarily give low delay or absolute accuracy. And if there were a need for unique transmission characteristics, the data would tell the Stupid Network in more detail how to treat it, and the Stupid Network would do what it was told.*” (*The Rise of the Stupid Network*, in: *Computer Telephony*, Agosto de 1997, pp. 16-26).

¹¹³ Getschko, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: Leite, George e Lemos, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 13-14

ao sobejamente conhecido princípio do correio tradicional e da telefonia. Ninguém compactuará com a noção de que a carta de alguém seja inspecionada, violada ou alterada por um intermediário, no meio de seu caminho, antes que ela chegue ao seu destinatário. Há uma expectativa de sigilo e neutralidade que sempre foi assumida a priori. [...] a regra geral, que sempre foi clara e valeu nos correios e na telefonia, vale também para a Internet: além de não se esperar interferência de intermediários, toda a sua estrutura interna da rede deve servir simplesmente a, envidando o melhor esforço, encaminhar pacotes de dados na direção do destinatário, até a entrega final. Essa operação fundamental e basicamente técnica é raiz de boa parte da discussão sobre qual o comportamento admissível dos diversos atores quanto tratam do encaminhamento dos dados: não se quer que alguém, atuando dentro da cadeira de serviços da rede, “censure” por algum critério pacotes, serviços ou destinatários.”.

Ao longo dos últimos anos, houve diversas instâncias em que essa regra da “neutralidade” da rede com relação aos pacotes por ela enviados começou a ser ameaçada por práticas de mercado colocadas em curso por diversos operadores de rede.

Por exemplo, na China, o governo do país passou a exercer controle direto sobre a Internet local, determinando que certos conteúdos transportados pelos pacotes de dados sejam barrados pela própria rede. Assim, pacotes de dados contendo conteúdos censurados pelo governo chinês (como vídeos, textos e fotos) são automaticamente bloqueados pela própria rede, que deixa assim de obedecer ao endereçamento trazido pelos pacotes para impor um regime de tráfego determinado pela própria rede.

No setor privado, por exemplo, houve casos em que provedores de acesso à Internet começaram a discriminar conteúdos transmitidos por meio do protocolo “torrent”, em

regime “peer-to-peer”. Esses pacotes eram desprivilegiados com relação a outros pacotes, por meio de regras de tráfego estabelecidas pelo próprio operador da rede. Essas práticas, em última análise, colocam em risco as características descritas acima da Internet, notadamente, (a) sua abertura e (b) sua capacidade de integrar todas e quaisquer redes por meio do protocolo IP, sejam elas abertas ou fechadas.

Em face do acima, fica claro que a *mens legis* do legislador ao adotar como norma jurídica no Brasil, por meio do Marco Civil da Internet, a neutralidade da rede é exatamente essa: o intento da neutralidade é proteger a característica da Internet como rede aberta, capaz de integrar todas e quaisquer outras redes por meio do protocolo IP, sejam elas abertas ou fechadas, com liberdade de acesso a qualquer interessado e sem interferência danosa no que diz respeito ao trafegar dos dados ao seu destino. Essa infinita possibilidade de integração de outras redes por meio da Internet e seu protocolo IP permeia diretamente o conceito de *neutralidade da rede*. Em outras palavras, o objetivo teleológico da neutralidade da rede é preservar a estrutura de ampolheta da Internet.

No item a seguir, exploramos a noção de *neutralidade de rede*, expondo vertentes do debate a respeito desse conceito. Especificamente, o que se buscará demonstrar é que o conceito de neutralidade de rede foi concebido para garantir essa característica técnica da Internet como rede aberta e o seu regular funcionamento.

O conceito de neutralidade de rede

Uma vez demonstrado que o objetivo da neutralidade da rede é preservar a estrutura aberta da Internet, cabe analisar brevemente o debate sobre o tema. Este debate é influenciado por uma série de fatores, como posicionamentos distintos a respeito da necessidade de regulamentação estatal *ex ante*

com o objetivo de privilegiar esse objetivo¹¹⁴, e por posições diversas acerca dos melhores mecanismos para persegui-lo, além de influências das experiências internacionais¹¹⁵.

Essas divergências levam à constituição de uma miríade de diferentes modelos que, em abstrato, poderiam dar significado à neutralidade de rede, dependendo das opções adotadas em relação a cada um dos temas. Vale dizer, a neutralidade de rede, em tese, pode ter qualquer significado, a depender das opções de cada estudioso do tema. Neste ponto é ilustrativo o entendimento de Marcelo Ramos¹¹⁶, reconhecendo que *“nem mesmo sobre a definição de ‘neutralidade de rede’ há um consenso.”*

Felizmente, o debate no Brasil ganhou uma ancoragem jurídica objetiva. O Marco Civil da Internet definiu especificamente o que se entende por neutralidade da rede enquanto norma jurídica em nosso país. O ponto essencial da definição jurídica da neutralidade da rede (decorrente diretamente do objetivo de “manter a Internet aberta” - estrutura em ampulheta), é a **isonomia de tratamento entre**

¹¹⁴ Especificamente, o debate quanto a esse aspecto é desenvolvido ao redor da possibilidade de suficiência do controle concorrencial das práticas dos agentes envolvidos no provimento de acesso, de serviços e aplicações de Internet. Nesse debate, pode-se citar, por exemplo, Tim Wu como proponente da regulação estatal para tutelar a neutralidade de rede (WU, Tim. *Network neutrality, broadband discrimination*. Journal of Telecommunications and High Technology Law, v. 2, p. 141, 2003). Outros autores, como Christopher Yoo, entendem que o controle concorrencial bastaria para proteger o caráter aberto da Internet (YOO, Christopher. *Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-End Debate*. Journal of Telecommunications and High Technology Law, v. 3, 2004.).

¹¹⁵ “O que se entende por neutralidade de rede num país raramente é o mesmo que se entende em outro” (GETSCHKO, Demi. *As origens do Marco Civil da Internet*. In: Leite, George e Lemos, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13).

¹¹⁶ RAMOS, Marcelo de Matos. (2006) *Neutralidade de Redes: O Futuro da Internet e o Mix Institucional*. Documento de Trabalho n.º 41, SEAE/MF, de dezembro de 2006, http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_41.pdf, acessado em 14.10.2016.

os pacotes de dados, que não podem ser discriminados injustificadamente, por exemplo, pelo operador da infraestrutura por onde trafegam, seja ele público ou privado. Sob essa perspectiva, a neutralidade da rede, tal como juridicamente definida no Brasil, aplica-se especificamente ao **tráfego** de dados sobre a rede.

Em suas origens, o termo neutralidade de rede foi criado por Tim Wu no início dos anos 2000¹¹⁷. Em seu artigo inaugural sobre o tema, o acadêmico norte-americano examinou algumas hipóteses de discriminação por parte de operadoras de telecomunicações, detentoras das redes que servem de suporte para a conexão à Internet. O tema, aliás, não é novo e já poderia ser encontrado no debate e na regulamentação também de outros serviços de comunicação.

É o caso do exemplo dos correios e telefonia tradicionais, referidos anteriormente, em que a ideia de neutralidade estabelece o princípio da não discriminação: uma ligação telefônica ou uma carta deve ser entregue ao seu destinatário, respectivamente pela rede de telefonia ou pela estrutura dos correios, sem qualquer discriminação baseada em conteúdo ou natureza da comunicação transportada. Da mesma forma, um pacote de dados não pode ser tratado de forma distinta da forma convencionada pelos padrões aplicáveis da Internet por conta de características intrínsecas àquele pacote (por exemplo, o pacote transmitir vídeo, voz, etc.). Tanto quanto uma chamada telefônica ou uma carta, aplicações de Internet não podem ser interceptadas, atrasadas ou bloqueadas por conta conteúdo, por exemplo.

Nesse sentido, considera-se que o conceito de neutralidade de rede implica que os indivíduos, empresas e governos responsáveis pelo gerenciamento de redes de telecomunicações não discriminem injustificadamente o tráfego de dados que

¹¹⁷ Vide WU, Tim, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141, 2003, <http://ssrn.com/abstract=388863>, acessado em 14.10.2016.

nelas transita¹¹⁸. Vale dizer: neutralidade significa manter as regras de tráfego estabelecidas pelos padrões que regem a própria Internet¹¹⁹ como um todo, evitando assim que operadores de trechos da rede possam ditar suas próprias regras extravagantes.

Se fosse possível que esses operadores da rede exercessem controle sobre o conteúdo que é transmitido por meio de sua infraestrutura, de modo a analisar os pacotes que trafegam por ela e conferindo-lhes tratamentos distintos, isso teria o potencial de desconfigurar o caráter aberto da Internet e sua possibilidade de infinita interconectividade. Operadores da rede poderiam, então, definir as regras de tráfego prioritárias dentro da rede, tendo como consequência degradar o acesso a outras redes, aplicações e outros elementos conectados por meio da Internet, ou até mesmo filtrar certos conteúdos, websites e aplicativos (como usualmente ocorre na China, por exemplo).

Como dito acima, o tema da discriminação no campo das telecomunicações não é novo. No direito comparado há casos de relevo que tratam justamente desse debate:

a. No caso *Madison River Communications*, uma prestadora de serviço de conexão banda larga à Internet foi sancionada pelo órgão regulador norte-americano (*Federal Communications Commission – “FCC”*)¹²⁰ por bloquear o acesso de seus usuários ao aplicativo de Voz sobre IP (VoIP)¹²¹ oferecido pela empresa *Vonage*.

¹¹⁸ “To BEREC, “net neutrality” describes the principle of equal treatment of network traffic.” (Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC). Summary of BEREC positions on net neutrality, BoR (12) 146, disponível em http://berec.europa.eu/files/document_register_store/2012/12/BoR_%2812%29_146_Summary_of_BEREC_positions_on_net_neutrality2.pdf, acessado em 14.10.2016).

¹¹⁹ Vide nota n.º 11, acima.

¹²⁰ Vide *Consent Decree* celebrado com a FCC: https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-05-543A2.pdf

¹²¹ O serviço de voz sobre IP é um serviço de conversação humana por protocolo de Internet que compete diretamente com os tradicionais serviços de telefonia explorados por prestadoras de serviços de telecomunicações.

b. No caso *Telus*, uma operadora de telecomunicações canadense bloqueou o acesso ao sítio eletrônico (voices-for-change.ca) do sindicato de seus empregados que organizava um movimento grevista.¹²²

c. Em 2006, no caso *America On Line*, este provedor também impediu o acesso de usuários ao sítio (dearaol.com) que divulgava uma campanha contra a nova política de pagamento para envio de e-mails adotada pela companhia¹²³.

d. No mesmo ano, usuários da operadora *Cox Cable* foram impedidos de acessar o sítio Craigslist, concorrente direto dos serviços de anúncios dos parceiros comerciais desta operadora¹²⁴.

e. Em outro precedente emblemático, caso *Comcast*, identificou-se que a operadora de telecomunicações Comcast estava monitorando e degradando a qualidade da conexão entre usuários da rede em modalidade *peer-to-peer* por meio do protocolo BitTorrent. A FCC decidiu que a prática da Comcast violava a neutralidade de rede¹²⁵. Essa decisão administrativa

¹²² Vide notícia veiculada em <http://boingboing.net/2005/07/24/phone-company-blocks.html>, acessado em 14.10.2016.

¹²³ Vide notícia veiculada em http://news.cnet.com/AOL-charged-with-blocking-opponents-e-mail/2100-1030_3-6061089.html, acessado em 14.10.2016.

¹²⁴ Ver: http://www.siliconvalleywatcher.com/mt/archives/2006/06/craigslist_is_b.php, acessado em 14.10.2016.

¹²⁵ “*The record leaves no doubt that Comcast’s network management practices discriminate among applications and protocols rather than treating all equally. To reiterate: Comcast has deployed equipment across its networks that monitors its customers’ TCP connections using deep packet inspection to determine how many connections are peer-to-peer uploads. When Comcast judges that there are too many peer-to-peer uploads in a given area, Comcast’s equipment terminates some of those connections by sending RST packets. In other words, Comcast determines how it will route some connections based not on their destinations but on their contents; in laymen’s terms, Comcast opens its customers’ mail because it wants to deliver mail not based on the address or type of stamp on the envelope but on the type of letter contained therein. Furthermore, Comcast’s interruption of customers’ uploads by definition interferes with Internet users’ downloads since “any end-point that is uploading has a corresponding end-point that is downloading.” Also, because Comcast’s method, sending RST packets to both sides of a TCP connection, is the same method computers connected via*

foi posteriormente objeto de questionamento judicial pela Comcast, que obteve êxito em argumentar que a FCC não teria competência para regular serviços de Internet¹²⁶.

Em face de todas essas práticas, que ameaçavam o caráter de rede aberta da Internet, em 2010 a agência reguladora norte-americana FCC publicou o *Open Internet Order*, estabelecendo os três princípios básicos que deveriam pautar a atuação dos provedores de conexão à Internet: transparência, determinando a divulgação das práticas adotadas para gerenciamento de tráfego, performance e condições de prestação do serviço; a regra de “*no blocking*”, que visa impedir o bloqueio de determinado tipo de conteúdo pelos provedores; e, por fim, a não discriminação de conteúdo.

A operadora Verizon questionou judicialmente as normas expedidas pela FCC e, em decisão de 14 de janeiro de 2014, a Corte Federal de Apelações do Circuito de Columbia reconheceu a incompetência da FCC para impor as normas aos provedores de conexão à Internet¹²⁷.

TCP use to communicate with each other, a customer has no way of knowing when Comcast (rather than its peer) terminates a connection. [...]

For all of the foregoing reasons, it is our expert judgment that Comcast's practices do not constitute reasonable network management, a judgment that is generally confirmed by experts in the field. Comcast's practices contravene industry standards and have significantly impeded Internet users' ability to use applications and access content of their choice. Moreover, the practices employed by Comcast are ill-tailored to the company's professed goal of combating network congestion. In sum, the record evidence overwhelmingly demonstrates that Comcast's conduct poses a substantial threat to both the open character and efficient operation of the Internet, and is not reasonable.” (FCC, Memorandum Opinion And Order, File No. EB-08-IH-1518, FCC 08-183, Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications).

¹²⁶ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Comcast v. FCC, On Petition for Review of an Order of the Federal Communications Commission*, No. 08-1291.

¹²⁷ A decisão se fundamenta no fato de que a própria FCC classificou os provedores como “*information services*” ao invés de “*common carriers*”/“*telecommunication services*”, o que a impede de regular a atividade dessas empresas, de modo que devem ser reclassificadas para que as

Para além da vertente que identifica uma vedação ao tratamento discriminatório de pacotes de dados como o conteúdo fundamental da neutralidade de rede, há também autores que enxergam outras implicações desse princípio. Esses autores sustentam que a preservação do caráter aberto da Internet não depende exclusivamente de medidas que impossibilitem o tratamento discriminatório de pacotes de dados pela rede, mas pode incluir também alguns aspectos comerciais.

Assim, parece razoável fazer uma clara distinção entre neutralidade como tratamento isonômico de pacotes de dados pela rede (preservando-se o núcleo central da arquitetura de rede da Internet) e propostas mais abrangentes que possam afetar modelos inovadores de negócios que respeitem esse princípio de tratamento isonômico.

Vale notar que este debate doutrinário é válido e auxilia na definição de políticas públicas futuras pelos entes responsáveis em cada um dos países que buscam a adoção de regras específicas para a definição da extensão da neutralidade de rede. Trata-se de um debate salutar, o qual produz resultados concretos quando há a efetiva opção por uma determinada política pelos órgãos competentes – no caso brasileiro, por deliberação do Poder Legislativo.

Nesse sentido, consideramos que o conceito de neutralidade de rede, no Brasil, foi definido por meio de uma opção de política pública possui contornos bem definidos através do Marco Civil da Internet. Com a aprovação dessa lei, algumas possibilidades teóricas apresentadas até aqui foram imediatamente afastadas por opção do legislador, e os parâmetros do debate sobre esse tema conseqüentemente alterados.

diretrizes passem a valer integralmente (vez que a regra de transparência permanece em vigor). Ver United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Verizon v. FCC, On Petition for Review of an Order of the Federal Communications Commission*, No. 11-1355.

A neutralidade é um dos pilares do Marco Civil da Internet e a sua tutela constitui parte integral do desenho regulatório montado a partir da lei. Defender a neutralidade da Internet significa preservar o seu caráter aberto e garantir que muitos dos demais princípios previstos no Marco Civil da Internet (e na própria Constituição Federal) sejam protegidos.

Direito ao Esquecimento

Contornos do chamado “Direito ao Esquecimento”

A principal característica do momento histórico marcado pelo avanço no desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação em que vivemos é a facilidade de produzir, buscar e disseminar, a qualquer momento, informações. Na “Era da Informação”, portanto, lembrar de um fato tornou-se a regra, enquanto esquecê-lo tornou-se a exceção.

Como consequência, cresceu a discussão sobre o instituto do “direito ao esquecimento”, espécie de tutela jurídica que concederia autorização para que as pessoas buscassem meios para que não se disponibilize ao público fatos indesejados.

Em um primeiro momento, é importante esclarecer que a tecnologia não evoluiu a ponto de permitir que uma pessoa seja forçada a esquecer determinado acontecimento, mas o que principalmente se discute ao mencionar o direito ao esquecimento é a possibilidade de desindexar certos termos dos resultados de provedores de busca.

Isso porque os provedores de busca são os meios utilizados para se localizar, na rede mundial de computadores, o conteúdo desejado e, portanto, a remoção desses resultados representaria efetiva barreira ao acesso de determinada informação. Existe risco assim de que a forma através da qual se busca implementar o direito ao esquecimento possa vir a ameaçar o exercício da liberdade de expressão (Art. 5, IX CF) e do direito à informação (Art. 5º, XIV e XXXIII, e Art. 220, §1º). Traçar um equilíbrio aqui é de fundamental importância.

No cenário constitucional brasileiro, confere-se status de direito fundamental à liberdade de expressão. Isso porque, após período autoritário vivido pelo país, o referido direito surge como pressuposto para a democracia real através da existência de um espaço público dinâmico, e não controlado, no qual os temas de maior interesse social podem ser discutidos livremente.¹²⁸

Nesse sentido, Eduardo Bertoni, atual diretor da autoridade de proteção de dados pessoais na Argentina, pontua:

“O nome [desse suposto direito] é em si uma afronta à América Latina. Em vez de promover esse tipo de apagamento, temos passado as última décadas em busca da verdade com relação ao que se passou nos anos escuros das ditaduras militares... Se aqueles que estão envolvidos em violações massivas de direitos humanos pudessem pedir a buscadores como Google, Yahoo ou qualquer outro para tornar informações inacessíveis, alegando, por exemplo, que a informação é datada, isso seria um enorme insulto à história (para dizer o mínimo)”.¹²⁹

O direito ao esquecimento é arguido como uma pretensa proteção de ofensas contra a honra e a privacidade. Entretanto, justamente por reconhecer que a excessiva proteção à honra implica restrição significativa à liberdade de expressão, países democráticos têm debatido a redução e até mesmo abolição dos chamados crimes contra a honra nas últimas décadas. Logo, é preciso que se tenha em mente que quanto maior é a coibição e sanção aos crimes contra a honra, menor é o espaço para a liberdade de expressão. Vê-se, ao revés, projetos de lei sendo analisados no Congresso Nacional que objetivam aumentar a punição para crimes dessa natureza.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acessado em 14.10.2016.

¹²⁹ Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html>. Acessado em 14.10.2016.

Outro perigo que deve ser apontado e analisado é o uso do instituto como pretexto para manipular as informações e, dessa forma, permitir que políticos e diversas autoridades públicas reescrevam suas histórias, apagando fatos desabonadores de seu passado ou impondo censura aos meios de comunicação. Nesse sentido, a forma com a qual os projetos de lei vêm trabalhando o tema do direito ao esquecimento no Brasil implica risco de exclusão de conteúdos de interesse público e a consequente manipulação da história.

Fragiliza-se, dessa forma, os direitos à liberdade de expressão, à liberdade de manifestação do pensamento, à memória e à cultura. Mas como impedir que o natural desejo de ser esquecido configure efetiva censura e represente ameaça às liberdades constitucionalmente garantidas?

A decisão do Tribunal de Justiça Europeu de 2014

Embora já utilizado desde o século passado, a popularização do termo direito ao esquecimento deu-se em virtude da decisão do caso *Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja* em 2014, no qual o Tribunal de Justiça Europeu reconheceu o direito de pedir a remoção de referências a dados legitimamente publicados dos resultados das ferramentas de busca.

É preciso ser claro nesse ponto: o veredicto reconheceu somente a faculdade de solicitar a omissão de dados pessoais dos índices de pesquisa de buscadores na Internet. Dessa forma, por exemplo, no caso europeu em questão, a busca com o nome do cidadão espanhol, “Mario Costeja”, não mostraria o link para a matéria do jornal que alegadamente causava danos à sua imagem. Entretanto, busca com outros parâmetros como “débitos relativos a imóveis na Espanha” e até mesmo a indicação específica da página (URL) levariam à informação que permanece normalmente *online*.

Resta claro, portanto, que não há que se falar em remoção de conteúdo da rede mundial de computadores, mas tão somente em não exibição nos resultados do provedor de busca, podendo o mesmo ser acessado de diversas outras formas, inclusive através de outros provedores que porventura não tenham sido obrigados judicialmente a omitir os resultados.

É imprescindível reforçar que a decisão foi especificamente dirigida aos resultados mostrados por ferramentas de busca e não à plataforma da publicação original. Essa necessidade deve ser reafirmada para que tenhamos um olhar crítico aos projetos de lei em relação ao direito ao esquecimento que, muitas vezes sob o falso pretexto de estarem seguindo tendência mundial, preveem a obrigatoriedade de **remoção de conteúdo** em circunstâncias específicas.

O Tribunal de Justiça Europeu entendeu, também, que o direito de remover o conteúdo não é absoluto e deve ser sopesado com o interesse público relativo àquela informação. Entretanto, diferente do que prevê o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei 12.965/14), não é o Poder Judiciário que está encarregado de exercer essa função.

Ao observar o tratamento dispensado ao direito ao esquecimento nos tribunais estrangeiros, é preciso estar ciente de que os modelos adotados no exterior nem sempre estarão em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Na Europa, por exemplo, a consequência imediata da decisão do caso é deixar a cargo das ferramentas de busca a decisão de remover ou não o conteúdo que se pretende 'esquecer'.

Tem-se, dessa forma, o surgimento de uma "justiça privada", com interesses corporativos próprios. A transferência da obrigação de ponderar o direito à privacidade com as liberdades comunicativas para os mecanismos de busca estimula a censura privada. Nesse sentido, entende-se que autorizar que outro órgão diferente do Poder Judiciário faça a ponderação entre os direitos fundamentais representa uma restrição ampla e genérica às liberdades constitucionalmente previstas.

O Tribunal de Justiça Europeu acrescentou ainda que circunstâncias específicas do caso, tais como a função exercida pela pessoa na vida pública, poderão ensejar a não remoção dos resultados. Esse princípio leva, de pronto, à necessidade de se excetuar pessoas públicas, especialmente aquelas que exercem cargos políticos, de qualquer benefício com relação a um suposto direito ao esquecimento.

Desse modo, a decisão da Corte Europeia foi clara ao determinar que pessoas que exercem vida pública ficam excluídas dos contornos da proteção subjetiva, uma vez que são objeto do escrutínio e da transparência na esfera pública. Novamente, os projetos de lei no Brasil relativos ao tema, entretanto, não abordam a exceção da pessoa pública e muitas vezes dotam o direito ao esquecimento de um grau de subjetividade e termos imprecisos. Sendo capazes, portanto, de proporcionar incertezas jurídicas e severos danos à liberdade de expressão.

O cenário brasileiro

Recentemente, no AgInt no REsp 1593873, a Ministra Nancy Andrighi reforçou posicionamento anterior do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao estipular que “[o]s provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido.”. Isso porque, segundo a magistrada, os provedores de busca não devem atuar como censores digitais e a responsabilidade deve recair sobre aqueles que armazenam o conteúdo considerado ofensivo no ambiente digital.¹³⁰

¹³⁰ STJ. AgInt no Recurso Especial nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1). Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 10/11/2016. DJe: 17/11/2016.

No mesmo voto, a Ministra comentou a decisão do Tribunal Europeu anteriormente citada:

“Por falar em jurisprudência comparada, a solução oferecida pelo Tribunal de Justiça Europeu não seria adequada ao contexto brasileiro, dada as grandes diferenças nas premissas legislativas que partem ambas as situações. A principal, diga-se, é a ausência de uma lei específica voltada para a proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros.”¹³¹

É verdade, entretanto, que o chamado ‘direito ao esquecimento’ cada vez mais se apresenta com diversas nuances. O Superior Tribunal de Justiça já trabalhou o tema em diferentes momentos, tanto na Internet quanto fora dela.

Merece destaque o caso do Recurso Especial 1.334.097 no qual a turma do STJ reconheceu o “direito ao esquecimento” a homem que fora inocentado em relação à Chacina da Candelária, mas ainda sim teve seu nome mencionado em programa de emissora de televisão. Segundo a turma, o direito à informação e o interesse público não sofreriam danos caso o nome do cidadão tivesse sido omitido.¹³² Mesmo no ambiente *off-line*, esse direito estaria relacionado à prerrogativa de não ter o passado remexido e os fatos reavivados (ainda mais sem a veiculação de informação fundamental para a sua compreensão).

Outro caso paradigmático que aguarda decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) é o de Aída Curi, jovem brutalmente assassinada em 1958. Um programa televisivo exibiu matéria retratando a trágica morte de Aída. Em razão disso, seus irmãos ajuizaram ação contra a emissora de televisão alegando que a matéria reavivou a dor do passado e pleitearam, também,

¹³¹ STJ. AgInt no Recurso Especial nº 1.593.873 - SP (2016/0079618-1). Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 10/11/2016. DJe: 17/11/2016.

¹³² STJ. 4.T., REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28.05.13.

indenização por danos materiais e à imagem pela “exploração comercial” do caso.

Acertadamente, o STJ, ao avaliar o caso, decidiu pela não possibilidade de indenização, uma vez que o fato em questão era dotado de interesse público e a imagem de Aída era essencial para a construção da narrativa. Inconformados com a decisão, os irmãos ingressaram no Supremo Tribunal Federal e, em 11 de dezembro de 2014, o Ministro Dias Toffoli reconheceu a repercussão geral do caso.

Os projetos de lei sobre direito esquecimento no Brasil

Alguns projetos de lei foram propostos no Congresso Nacional para incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do chamado direito ao esquecimento. Diversas são as formas pelas quais isso procura ser alcançado, desde a criação de leis próprias sobre o tema, até a inserção de sua disciplina no Marco Civil da Internet.

O PL nº 7881/2014, de autoria do Deputado Eduardo Cunha, merece destaque. A sua exposição de motivos, por sinal, é composta quase que integralmente pela reprodução de uma reportagem do Jornal O Globo sobre a decisão europeia.

O projeto de lei em si possui dois artigos. O primeiro determina que “[é] obrigatória a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados, por iniciativa de qualquer cidadão ou a pedido da pessoa envolvida.” O segundo esclarece que a lei entra em vigor na data de sua publicação.

Não apenas impressiona como tema de tamanha complexidade foi tratado de forma tão reduzida, mas também os critérios usados para que o direito ao esquecimento venha a ser implementado: basta que qualquer pessoa solicite a remoção de dados **irrelevantes** ou **defasados**. A irrelevância é

uma questão frequentemente debatida na aplicação do direito ao esquecimento, existindo grande controvérsia sobre como impedir que matérias de relevância pública sejam atingidas.

No que diz respeito a informações defasadas, não faltam críticas a esse critério e dúvidas sobre sua aplicação. De início, vale questionar se a característica “defasada” da informação não seria algo que atingiria mais o provedor de conteúdo que criou a página que surge como resultado de busca do que o provedor que oferece a ferramenta de pesquisa.

Existe um dever de periodicamente atualizar a informação existente na rede? Ou seria direito de cada um exigir que a informação seja atualizada? Como se encontra redigido, ao invés de se buscar qualquer atualização sobre a informação, o PL parece optar pelo seu simples desaparecimento das chaves de busca.

Se o que se procura é garantir um controle maior sobre as informações que dizem respeito à pessoa, a solução encontrada pelo PL se parece com um atalho que não protege integralmente os interessados (já que a página danosa em si não é atingida) e interfere na forma pela qual informações são encontradas na internet de modo pouco cauteloso.

Já o Projeto de Lei nº 1676, de 2015, é mais abrangente. Além de criminalizar a realização de foto ou vídeo de terceiro sem autorização ou finalidade lícita, ele visa à institucionalização do direito ao esquecimento para muito além da Internet. Esse direito, nos contornos traçados pelo artigo 3º do PL, diria respeito à “garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público.”

O parágrafo único do referido artigo esclarece que “[o]s titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, dos provedores de conteúdo e dos sítios de busca da rede mundial de computadores, internet, independentemente de ordem judicial, que deixem de veicular

ou excluam material ou referências que os vinculem a fatos ilícitos ou comprometedores de sua honra.”

Mas estariam os provedores e empresas que exploram atividades de comunicação social preparadas para aplicar o direito ao esquecimento na forma prevista pelo PL? O artigo 4º do mesmo Projeto de Lei determina então que os “meios de comunicação social, os provedores de conteúdo e os sítios de busca da rede mundial de computadores” devem criar, em noventa dias, “departamentos específicos para tratar do direito ao esquecimento, com a disponibilização de endereços físicos e telefones, destinados a receber reclamações, que deverão ser registradas numericamente.”

Existem aqui dois questionamentos relevantes sobre o PL 1676/2015. O primeiro diz respeito aos critérios para o estabelecimento do direito ao esquecimento. Esse ponto fundamental para a construção do instituto parece estar no referido PL de forma tão vaga quanto no PL nº 7881/2014. Adicionalmente, a obrigação de se dedicar centrais telefônicas para atender a pedidos de direito ao esquecimento de forma indiscriminada parece fadada ao descumprimento em massa.

Em um setor que vive de novidades apresentadas com inacreditável frequência, é digno de nota o fato do direito ao esquecimento permanecer ininterruptamente no cerne das discussões. Talvez por dizer respeito a algo tão precioso como a forma pela qual as informações são pesquisadas e encontradas na rede, esse é um tema que não deve ser tratado ao sabor dos interesses políticos ou paixões de ocasião.

O Substitutivo aos Projetos de Lei nº 215, 1.547 e 1.589/2015, em seu artigo 12, dispõe que “o indivíduo ou o seu representante legal poderá requerer judicialmente, a qualquer momento, a indisponibilização de conteúdo que ligue seu nome ou sua imagem a crime de que tenha sido absolvido, com trânsito em julgado, ou a fato calunioso, difamatório ou injurioso.” Esse texto seria acrescido à atual redação do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

O Marco Civil da Internet, em seu artigo, 19, consagra duas importantes conquistas para a preservação da liberdade de expressão na Internet, ao mesmo tempo em que confere proteção contra conteúdos ilícitos. De início, ele afirma que a instância legítima para decidir sobre a ilicitude de conteúdos disponibilizado online não é a empresa que explora a plataforma, mas sim o Poder Judiciário. Esse passo, como visto, é essencial para a preservação de direitos fundamentais, como o direito à honra, à imagem e à privacidade, na medida em que as ofensas a tais direitos podem ser natureza subjetiva, complexa, demandando assim a análise judicial para que se possa afirmar sobre a sua ilicitude.

As duas exceções a essa regra, constantes do Marco Civil são a veiculação de conteúdos relacionados à chamada pornografia de vingança, que gera o dever do provedor remover o conteúdo após receber uma notificação indicando o conteúdo ofensivo, e a violação de direitos autorais, que adotará o regime disposto na legislação específica.

A segunda conquista decorrente do artigo 19 do Marco Civil é a garantia de que o Poder Judiciário pode ordenar a indisponibilização de qualquer conteúdo online, sendo os provedores responsabilizados caso venham a descumprir a ordem judicial. Essa solução recebeu elogios internacionais de grande relevância, como o relator da ONU sobre liberdade de expressão, Frank La Rue, que apontou o Marco Civil da Internet como uma lei que propicia o balanceamento correto entre a preservação de liberdades na rede e a necessidade de se identificar e coibir atos ilícitos.

Recebeu elogios também de Sir Tim-Berners Lee, fundador da World Wide Web. A respeito desse equilíbrio estabelecido, ele disse que o Marco Civil é “um excelente exemplo de como governos podem ter um papel positivo em avançar os direitos na web e manter a Internet aberta¹³³”.

¹³³ http://www.huffingtonpost.com/tim-bernerslee/Internet-magna-carta_b_5274261.html (acessado em 14.10.2016)

Dessa forma, inserir no texto já consagrado do Marco Civil da Internet uma provisão adicional sobre a remoção de conteúdo envolvendo decisões que resultaram em absolvição, transitadas em julgado por mais de cinco anos, ou mesmo fatos caluniosos, difamatórios e injuriosos, de início não acrescentaria nada com relação ao que já está garantido no artigo 19 da Lei nº 12.965/2014. Ao contrário, polui o texto atual do Marco Civil com uma enorme dose de subjetividade, que levará a incertezas jurídicas e ao fomento a decisões nocivas para a liberdade de expressão.

Caso o PL nº 1589/2014 seja aprovado conforme prevê o Substitutivo, seria aberto um precedente perigoso ao inaugurar o elenco de situações típicas que começariam a ser inseridas debaixo da cláusula de responsabilidade e de remoção de conteúdo do Marco Civil da Internet. Qual o sentido de se inserir novos parágrafos se o seu conteúdo já está alcançado com a simples leitura do caput do artigo 19, que de forma abrangente se aplica a todo o tipo de conteúdo?

Fica claro, então, que a proposta dos referidos PLs é uma tentativa de se positivar na legislação brasileira o chamado direito ao esquecimento. Esse parece ser o entendimento que se retira da leitura da Exposição de Motivos do referido projeto. Todavia, vale alertar que a forma pela qual se pretenderia então introduzir o tema no contexto da atual redação do projeto de lei não apenas (i) não guarda qualquer relação com o que vem sendo debatido debaixo do rótulo “direito ao esquecimento”, por exemplo, nos países Europeus, em decorrência de decisão da Corte Europeia de Justiça; como (ii) também não explora as complexas peculiaridades relacionadas à aplicação do mencionado instituto.

Aqui é importante esclarecer, mais uma vez, que a decisão da Corte Europeia de Justiça reconheceu o direito de pedir a remoção de referências a dados legitimamente publicados dos resultados das ferramentas de busca, e não a remoção da informação da Internet como um todo, conforme parece indicar o texto do Projeto de Lei.

Com isso, fica claro que mesmo nos contornos da decisão da Corte de Justiça Europeia que tratou do direito ao esquecimento, não se admite a supressão de informações, que permanecem online e apenas indisponibilizadas no caso de buscas específicas.

É verdade que ainda assim há uma série de problemas relacionados à própria neutralidade da rede, acesso igualitário a informações e o direito a ter resultados de busca imparciais com base em todos os dados legitimamente publicados na web que podem suscitar críticas a essa escolha realizada na Europa. Mas, de todo modo, é essencial ressaltar que essa decisão foi especificamente dirigida aos resultados mostrados por ferramentas de busca e não à plataforma da publicação original.

Também é importante esclarecer que, mesmo com relação à remoção dos resultados de busca, a Corte reconheceu que tal direito não é absoluto e deve ser sopesado com o interesse público no acesso àquela informação. A corte expressamente diz que os links deverão permanecer nos resultados se especiais circunstâncias do caso, como o papel exercido pela pessoa na vida pública, parecerem justificar uma restrição dos direitos individuais em nome do interesse público no acesso àquelas informações como resultado da busca relacionada ao nome da pessoa.

Esse princípio leva, de pronto, à necessidade de se excetuar pessoas públicas, especialmente aquelas que exercem cargos políticos, de qualquer benefício com relação a um suposto direito ao esquecimento. Desse modo, a decisão da Corte Europeia foi clara ao determinar que pessoas que exercem vida pública ficam excluídas dos contornos da proteção subjetiva, uma vez que são objeto do escrutínio e da transparência na esfera pública.

Cabe enfim notar que o chamado direito ao esquecimento cada vez mais se apresenta com diversas nuances. Mesmo no Brasil, a partir do caso decidido pelo STJ relacionado à Chacina da Candelária, esse direito estaria mais está mais relacionado

à prerrogativa de não ter o passado remexido e os fatos reavivados, do que a um pretense direito de ter apagado de bancos de dados ou indexadores informações sobre um crime do qual a pessoa foi absolvida.

Nessa linha foi desenvolvida a jurisprudência na Alemanha. Em 2009 a Corte Federal, tendo diante de si casos sobre a aplicação do direito à privacidade e ao esquecimento ao ambiente da Internet, fez uma análise em que estabeleceu alguns parâmetros. Com base no nível de interferência causado na vida da pessoa, a Corte entendeu que a existência de arquivos de notícias online é legal e legítima, contanto que esteja claro que se trata de notícia ultrapassada e não seja dada uma nova roupagem aquela notícia, recontando a história. “A facilidade do acesso a notícias velhas e ultrapassadas em virtude da existência de ferramentas de busca online não constitui em si razão suficiente para eliminar a nossa memória histórica”. Contanto que seja deixado ao leitor o papel de buscar ativamente a informação, não há problema: o direito à honra não é infringido.

Um passo em falso

O direito ao esquecimento, conforme se deseja implantar no Brasil, representa riscos às mais diversas liberdades previstas constitucionalmente. Tanto no âmbito da Internet quanto nos mais diversos espaços de propagação de informação, há outras formas de prevenir os supostos danos oriundos de fatos passados sem necessariamente restringir o acesso à informação.

Em relação à Internet, a remoção de resultados de busca não deve ser a primeira opção daqueles que se sentem lesados por conteúdo presente na Internet. É necessário que se busque meios compatíveis com os valores de nosso ordenamento jurídico, como o direito de resposta e a possibilidade de contextualização do fato ou conteúdo exposto, mecanismos

esses que não restringem a liberdade de expressão e permitem uma melhor compreensão acerca do fato.

O direito de resposta (art. 5º, V, da CF) consiste na faculdade que goza todo atingido por uma notícia ou comentário, em um órgão de comunicação, de publicar nesse mesmo órgão um texto seu comentando a questão que lhe causou danos. Alternativas válidas também são a atualização, a contextualização e a complementação do fato: ao invés de pleitear a remoção do conteúdo, o indivíduo retratado ou mencionado na notícia pode solicitar a adição de informações ao fato que está sendo exposto. Assim, é possível inclusive complementar publicações com eventos que ocorreram após a publicação original.

No contexto sócio-político brasileiro, com a superação do regime militar e o duro processo de atuação das diversas Comissões da Verdade, não parece convir que a luta para a construção de um direito à memória seja turbada justamente nesse momento pela construção como regra de um desproporcional direito ao esquecimento, assim como posiciona-se o advogado argentino Eduardo Bertoni acima citado.

Mais do que isso, o acesso à informação é crucial para a participação consciente das pessoas na vida pública e de fiscalização dos governantes, principalmente nos períodos de crise de representatividade. Não se pode permitir que os projetos de lei dotados de subjetividade ameacem a estabilidade do ordenamento jurídico e permitam que políticos, principalmente, regulem a informação que poderá ser acessada a seu respeito.

Mais grave ainda seria alterar o regime previsto no Marco Civil da Internet, que concede grande destaque à liberdade de expressão, para fazer valer em termos subjetivos a vontade de personagens públicos de controlar a sua retratação pela história e assim subverter o interesse público.

Cibercrimes, Acesso a Dados e o Marco Civil da Internet

Um dos principais temas enfrentados pelo Marco Civil, como visto, é a tutela dos dados pessoais no que se refere a sua coleta e tratamento através da Internet. Dentre as questões relacionadas ao tópico, chama atenção a sucessão de propostas legislativas que procuram alterar o texto da Lei nº 12.965/2014 para suprimir a necessidade de ordem judicial para a obtenção do IP de um usuário na rede.

A demanda por acesso a dados decorre especialmente de autoridades investigativas que, no combate ao cibercrime, buscam meios mais velozes para garantir a identificação dos autores de condutas ilícitas na rede. Mas como garantir o atendimento das necessidades das autoridades de investigação sem comprometer a proteção da privacidade? Será que o acesso a dados, especialmente o endereço IP de usuários, sem o crivo judicial é a melhor opção?

Esse é o escopo, por exemplo, do Projeto de Lei do Senado 730 de 2015 (PLS 730/215) de autoria do Senador Otto Alencar (PSD-BA). Ele propõe revogar um dos pilares do Marco Civil da Internet, qual seja, a necessidade de ordem judicial prévia para obtenção de dados dos usuários. No caso, notadamente, o dado do chamado “endereço IP” do usuário, que permite a identificação do terminal onde partiu a comunicação e, por consequência, muitas vezes do usuário em si, seu endereço de residência, filiação e outros dados cadastrais.

Acesso a dados e o papel do Poder Judiciário

O Brasil tem hoje mais de 100 milhões de usuários da internet. Pela proposta do Projeto de Lei do Senado 730/2015, qualquer um deles poderia ter seu número de IP revelado sem a necessidade de ordem judicial. Junto com o endereço de IP, seriam reveladas também sem ordem judicial o nome da pessoa por trás daquele endereço de IP, o nome dos seus pais e seu endereço físico de residência. Bastaria a mera requisição do delegado de polícia ou do membro do Ministério Público e os provedores de todas as naturezas seriam obrigados a entregar o nome dos seus usuários.

Note-se que o número de IP do usuário fica registrado não só quando ele faz uma manifestação ou comunicação online, mas também sempre que o usuário simplesmente acessa qualquer site ou serviço. Em outras palavras, basta acessar um site, baixar um aplicativo, assistir a um vídeo, ouvir a uma música por meio da internet para ter seu número IP registrado e preservado na rede. Está então o usuário à mercê da revelação de sua identidade por mera requisição de um dos milhares de delegados de polícia ou membros do Ministério Público no país.

O PLS 730 obriga, assim, os provedores de internet a revelarem sem prévia autorização judicial o IP de quem está por trás de cada conexão na internet.

Essa proposta de que o delegado e os membros do Ministério Público possam requerer o endereço de IP de usuários sem ordem judicial prévia, transforma o delegado e os membros do Ministério Público em juízes. Serão eles, e não os magistrados, que irão decidir que houve “indício de prática de crime por intermédio de conexão ou uso de internet”. Em outras palavras, essas autoridades passam a ter a função de julgadores, decidindo elas mesmas questões que somente um juiz poderia decidir para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Trata-se de medida claramente atentatória ao próprio Estado Democrático de Direito. É justamente a distinção entre juízes de um lado, e delegados e membros do Ministério Público de outro, que assegura o Estado Democrático de Direito. Quando delegados e membros do Ministério Público se confundem com juízes, caem por terra as garantias constitucionais mais basilares. O investigador vira juiz, subvertendo a ordem tal como em países pré-modernos ou em países autoritários.

No caso em questão, o delegado e o membro do MP passariam a ter a competência para decidir diretamente a respeito da “ilicitude” ou de “elementos de ilicitude” que autorizariam a obtenção imediata do endereço de IP de qualquer usuário da internet, sem a análise prévia do juiz.

Tal disposição é uma afronta ao devido processo legal e ao princípio do juiz natural. É garantia do Estado moderno de direitos que os julgamentos sejam feitos por juízo competente, atribuído de forma objetiva e imparcial. Não pode um delegado ou membro do Ministério Público se “auto-apontar” como capaz de decidir sobre uma determinada investigação criminal ou instrução processual penal, decidindo por si só, sem um juiz, a respeito da obtenção dos dados investigatórios.

Se o PLS 730/2015 for aprovado, passará a vigorar no Brasil um regime em que todos são presumidamente “culpados” na internet brasileira e poderão ser constantemente vigiados pelas autoridades de investigação, sem escrutínio judicial prévio. Em outras palavras, todos estarão à mercê dos investigadores, capazes de revelar a identidade de qualquer usuário da rede, até mesmo aqueles que a utilizam apenas para “consumir” informações, sem nela nada postar.

Uma tal mudança legal levaria, em outras palavras, ao fim do princípio do sigilo das comunicações definido na Constituição Federal, dado que a autoria de uma comunicação deve ser considerada como parte integrante daquela comunicação.

Além disso, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) posicionou-se integralmente contrário aos dispositivos do PLS

730/2015. Em sua nota técnica a respeito da questão, o CGI menciona que *"forçar o entendimento de que o endereço Internet IP seja considerado como dado cadastral para identificação pessoal, mesmo sabendo-se – tal como expressa toda a comunidade técnica global da Internet – que o número IP não é um número fixo que possa ser utilizado para identificação de um usuário (como sucede com números permanentes de registro de um cidadão), posto tratar apenas de um número de localização de uma máquina, na maior parte das vezes dinamicamente atribuído a cada nova conexão."*¹³⁴

Em outras palavras, além de um atentado a direitos fundamentais, essa praxe servirá para imputar muitas vezes delitos a pessoas que não os cometeram.

Além disso, tal proposta viola diretamente a recomendação do Relatório Especial da ONU para Liberdade de Expressão que defende que qualquer determinação dessa natureza deve ser feita por uma autoridade judiciária competente.

Países democráticos como Estados Unidos exigem, naturalmente, a autorização prévia do juiz natural para obtenção do número de IP de um usuário, requerendo a emissão de um *"subpoena"* ou de um *"warrant"* conforme o caso.

Tratam-se de medidas exclusivamente judiciais, submetidas ao escrutínio direto de um magistrado. Em outras palavras, sempre emitidos por meio do poder judiciário e não por meio da autoridade de investigação ou de instrução processual penal.

A questão transcende o Brasil. Um dos temas mais importantes do mundo contemporâneo é justamente os limites do uso da tecnologia para fins de vigilância. Nossos celulares e computadores não são meros produtos de consumo. São as mais poderosas ferramentas de vigilância e escuta já criadas. Sem que a lei respeite um balanço adequado entre privacidade e investigação criminal, estaremos sujeitos a um estado de vigilância.

¹³⁴ <http://www.cgi.br/esclarecimentos/ver/nota-de-esclarecimento-em-razao-do-relatorio-da-cpi-crimes-ciberneticos.pdf>, acessado em 14.10.2016.

Essa é uma das maiores ameaças ao progresso humano. Há uma direta conexão entre o tema da ausência de privacidade e da vigilância com a liberdade de expressão. No artigo "Surveillance and the Creative Mind" (A Vigilância e a Mente Criativa), o especialista em política externa Tim Ridout diz que *"na história, aqueles que questionam o saber tradicional ou as estruturas existentes de poder invocam o desejo de vingança do status quo, como Galileu, Martin Luther King, ou Ai Wei Wei"*.¹³⁵ Em outras palavras, se o cidadão perde as garantias de que pode se comunicar livremente e sem intervenção ou vigilância na internet, ele ficará cerceado em sua liberdade de se expressar.

Isso tem o potencial de gerar um efeito nefasto. Os criminosos que almejam praticar ilícitos todos irão recorrer a medidas técnicas de ocultação dos seus endereços IPs na internet. Investirão recursos, software e dispositivos técnicos para que as autoridades não os possam identificar. Já os cidadãos regulares, que são a maioria esmagadora dos brasileiros, estarão à mercê de abusos e da vigilância por parte de autoridades públicas, que a seu único e exclusivo critério (sem ordem judicial) poderão revelar quem está do outro lado da rede.

Nesse contexto em que a tecnologia se torna onipresente, a principal forma de proteção contra a vigilância não pode ser o recurso à própria tecnologia, mas sim à lei, que deve ser sempre equilibrada de forma a proteger a maioria das pessoas e punir os criminosos. A proposta que se coloca agora faz o contrário: devassa a maioria das pessoas, enquanto faz com que criminosos se escondam atrás de medidas técnicas que a presente lei será incapaz de remediar.

Em suma, trata-se de disposição que viola diretamente um grande número de princípios fundamentais, na prática invalidando o sigilo das comunicações, o direito à preservação de intimidade e da vida privada e a privacidade de modo geral.

¹³⁵ http://www.huffingtonpost.com/t-a-ridout/surveillance-and-the-creative-mind_b_5706145.html, acessado em 14.10.2016.

O combate ao cibercrime e a legislação brasileira

A busca pelo combate aos atos criminosos praticados por meio da internet é objetivo legítimo e de grande importância. No entanto, nos últimos anos, com o advento da internet e da tecnologia digital, a legislação brasileira já passou por uma intensa reforma voltada especificamente ao combate aos cibercrimes. Nesse sentido, foi aprovada a Lei 10.695 de 2003, resultado de intensos trabalhos realizados pela CPI da Pirataria. Essa lei alterou dispositivos essenciais do Código Penal brasileiro com relação à punição de crimes relativos à propriedade intelectual e, notadamente, aos direitos autorais. Com isso, o Código Penal foi atualizado para lidar com novos delitos contra os direitos autorais no ambiente digital, tendo havido ainda o aumento de penas e a criação de situações agravantes, relacionadas às novas tecnologias.

Já em 2008, houve a aprovação da Lei 11.829 de 2008, que foi resultado por sua vez dos intensos trabalhos promovidos pela CPI da Pedofilia e alterou o Estatuto da Criança e Adolescente, criando especificamente todo um aparato jurídico para o combate a essa nefasta prática, que contou, dentre outras medidas, com a criminalização da aquisição e posse de material de pornografia infantil e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

A esse respeito, o presidente da Safernet (entidade que mais tem lutado pelo combate à pedofilia no Brasil), o advogado Thiago Tavares, declarou ao jornal Folha de São Paulo em 2 de abril de 2016, ao ser perguntado a respeito da necessidade de eventuais mudanças legislativas, afirmou não ser mais necessária qualquer modificação legislativa no Brasil para o combate da pedofilia na internet, afirmando ser “contra o resultado apresentado pelos deputados”. Em suas palavras, publicadas pelo jornal: “a lei 11.829, resultante da CPI da Pedofilia, de 2008, já tipificou como crime qualquer publicação de conteúdos pornográficos impróprios contra crianças”.

Já em 2012, depois de um debate a respeito da chamada “Lei Azeredo” que durou mais de 5 (cinco) anos, foi proposta e aprovada a Lei 12.737 de 2012, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann. Essa lei dispôs sobre a tipificação criminal dos chamados “delitos informáticos”, criando modalidades criminais próprias para os crimes na internet. Desde já adiantamos que, na visão do ITS, essa lei foi muito feliz em alcançar o devido equilíbrio entre o combate aos crimes digitais, ao mesmo tempo em que conseguiu reduzir eventuais efeitos colaterais relativos às condutas tipificadas, devendo ser preservada sua redação.

Por fim, esse amplo conjunto de modificações legislativas direcionadas ao combate dos cibercrimes foi ainda mais avançado em 2014, com a aprovação do Marco Civil da Internet. Como se sabe, trata-se de lei amplamente celebrada, tanto no Brasil quanto no plano internacional, por sua formulação precisa de direitos e deveres na internet, prevendo, dentre várias questões, uma ferramenta poderosíssima para o combate dos delitos virtuais, qual seja: a obrigação da guarda de logs de conexão e logs de acesso de todos os usuários da internet brasileiros, pelo prazo de 1 (um) ano e 6 (seis) meses respectivamente.

Trata-se de medida que confere às autoridades de investigação civil e criminal um mecanismo sem precedentes no que diz respeito à investigação e instrução processual penal. Por meio desses logs, é possível investigar crimes e delitos cometidos no passado, sendo possível analisar complexas relações entre usuários e redes criminosas. Esses “metadados”, que o Marco Civil obriga a guardar, são inegavelmente a ferramenta de investigação mais forte (para não dizer invasiva) já criada no âmbito do direito brasileiro. Não discutiremos neste texto todas as implicações jurídicas da adoção desse modelo pelo Brasil, mas vale dizer que na Europa, esse modelo de guarda e retenção de dados dos usuários foi julgado como inconstitucional pela Corte de Justiça Europeia e por vários

países da União Europeia, por sua invasividade e ameaça à privacidade e outros direitos fundamentais.

No momento, ainda diversos países da União Europeia estão revisando as suas legislações nacionais sobre guarda de dados de forma a aperfeiçoar o combate à ilícitos e ao mesmo tempo respeitar a privacidade e a proteção de dados pessoais . Justamente por isso não parece adequado que se alterem as regras já estabelecidas no Brasil sobre esse tópico através de projetos de lei de vertente criminal. Tudo isso, apesar daquele continente enfrentar a grave e abominável ameaça do terrorismo.

Em todo caso, ressalta-se uma vez mais que esse modelo invasivo, e amplamente poderoso, encontra-se em vigor hoje no Brasil e à disposição das autoridades de investigação e de instrução processual penal ou mesmo civil. Além dessas poderosas ferramentas, o Marco Civil criou também várias outras medidas para o combate aos delitos virtuais, dentre elas a responsabilização subsidiária de provedores de aplicação de internet, obrigando-os a retirar materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais indevidos (“pornografia de vingança”) após recebimento de notificação da vítima.

A lei brasileira, assim, já passou por intensa reforma nos últimos anos no intuito de se combater os cibercrimes. Juntamos a essa observação o fato de que o combate aos delitos, cometidos tanto na internet como fora dela, deve sempre observar as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, o direito à privacidade e ao sigilo das comunicações, a liberdade de expressão, dentre vários outros.

Justamente por isso, propostas como a apresentada pelo PLS 730 não são apenas desnecessárias, haja vista a ampla modificação da legislação brasileira dos últimos anos, como desproporcional.

Cibercrimes e o futuro da regulação da rede

A internet é hoje o meio privilegiado para o exercício de outros direitos humanos e da cidadania, além de estimular o desenvolvimento econômico, social e político, e contribui para o progresso humano. Além disso, a internet livre conecta-se diretamente com a democracia e com o Estado Democrático de Direito. O respeito a uma rede livre de influência e interferências externas passou a se configurar como um importante indicador para se avaliar o grau de respeito à democracia e ao império da lei em diversos países. Esse entendimento foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do Artigo 7º do Marco Civil da Internet, que determina que *“o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”*.

Assim, qualquer mudança legislativa que impacte a internet – infraestrutura essencial para todos os países contemporâneos - deve ser amplamente debatida com a sociedade. Qualquer interferência na rede deve demonstrar que os benefícios desta são maiores que seus efeitos colaterais. Essas interferências devem ser feitas baseadas em dados empíricos e sempre se ouvindo os vários setores da sociedade: setor público, setor privado, comunidade técnica e acadêmica, terceiro setor e assim por diante.

Além disso, o caráter essencial da internet deve afastar de pronto qualquer possibilidade de intervenção ou bloqueio em sua infraestrutura técnica. Não se admite bloquear diretamente na camada da infraestrutura da rede qualquer tipo de conteúdo. Nesse sentido, a título ilustrativo, considerando-se que a internet é serviço tão essencial quanto eletricidade, fornecimento de água ou os correios, não se admite qualquer interferência no funcionamento desses serviços.

Da mesma forma como não se *“desliga a eletricidade”* de uma determinada casa porque ali habita um criminoso,

ou se suspende o fornecimento daquele domicílio, ou ainda, a entrega de cartas (fazer isto atentaria contra o princípio da dignidade da pessoa humana), não se “desliga” partes da internet. Tal desligamento seria, igualmente, atentar contra a essencialidade da rede para a vida humana contemporânea.

A internet, além de ser considerada essencial ao exercício da cidadania, passou a ser também de suma importância para o desenvolvimento econômico dos países. A esse respeito, há um dado positivo com relação ao Brasil que deve ser considerado. Nosso país é apontado como um dos países mais empreendedores do mundo e a internet desempenha um papel fundamental nisso.

As “startups” (empresas de tecnologia que ambicionam crescer vigorosamente) brasileiras estão gerando empregos e inovação, com dados amplamente positivos, colhidos pela Associação Brasileira de Startups. A esse respeito, o setor já movimentava hoje alguns bilhões de reais, e vem se expandindo ao longo dos últimos dois anos, apesar da crise.

As startups atuam cada vez em segmentos como mídias sociais, e-commerce, pagamentos eletrônicos, mídia, conteúdo, de games, software e hardware, mensagens eletrônicas, fintech (finanças) entre vários outros. A internet é, portanto, um elemento central para o desenvolvimento futuro do país.

A partir daí, ressaltamos que não se regula a internet “em tiras”. Uma regulamentação sobre a rede tem impacto sobre todo o ecossistema da internet. Em outras palavras, ao propor um conjunto de medidas que responsabiliza provedores, intermediários, que interfere no funcionamento da infraestrutura da rede, isso pode aumentar significativamente os custos de *compliance* das empresas de internet.

Vale lembrar que o Marco Civil da Internet, justamente pelo ensejo de se alcançar o equilíbrio e proporcionalidade entre direitos e deveres, tornou-se um modelo celebrado internacionalmente. O Marco Civil serviu e serve de inspiração para outros países na adoção de instrumentos jurídicos

semelhantes dedicados à matéria, como foi o caso recente da Itália, visto no primeiro capítulo.

Vale ainda notar que a tendência mais moderna do Direito Penal Brasileiro vem buscando a implementação de novos mecanismos de política criminal, que possam ir além da criminalização e do aumento de penas. Nesse sentido, nosso entendimento é que o combate aos cibercrimes, para ser efetivo, precisa ser multissetorial. Isto é, precisa contar com o envolvimento do setor público, do setor privado, da comunidade técnica e acadêmica, do terceiro setor e assim por diante. O direito penal não é o instrumento adequado para a promoção a cooperação entre esses diversos setores. Ao contrário, a mera e simples criminalização pode gerar antagonismos entre esses setores e desincentivos para que haja uma cooperação efetiva.

Conclusão

Este livro marca um momento talvez muito recente para que se avalie com a devida distância os impactos da aprovação do Marco Civil da Internet. Em seu momento específico, o que essa obra procura oferecer é um caminho para futuras pesquisas que vão se debruçar sobre o cenário de regulação da rede no Brasil e encontrar o Marco Civil como um ponto de apoio, como uma pedra fundamental na direção de uma rede que seja garantidora de liberdades e não o instrumento de controle de poucos sobre muitos.

Nesse sentido, ter o respeito aos direitos fundamentais como norte desde a sua concepção, traz para os debates envolvendo o Marco Civil uma camada de complexidade que não é desprezível. Não raramente, para se proteger um direito fundamental é preciso perceber que restrições precisarão ser realizadas na aplicação de outros. O debate sobre colisão de direitos não é novo e as soluções encontradas na doutrina e na jurisprudência, como a ponderação entre princípios, sinaliza que o trabalho não se esgota com a aprovação do texto legal.

Muito ao contrário, é na aplicação da lei (e nas propostas que procuram alterar os seus dispositivos) que as verdadeiras controvérsias passam a viver. Ainda mais quando se trata de um tema que muda com tamanha rapidez como a Internet.

A escolha dos temas da liberdade de iniciativa e proibição de aplicativos, responsabilidade de provedores, neutralidade da rede, direito ao esquecimento e, por fim, o combate aos crimes cibernéticos oferece um panorama rico sobre os impactos do Marco Civil da Internet na regulação de diferentes aspectos relacionados à rede. “Empreender”, “expressar”, “responsabilizar”, “esquecer” são verbos que a Internet conjuga

de formas distintas nos mais diferentes países e que o Brasil tomou para si a árdua missão de traçar ao menos princípios que possam iluminar os debates que surgirão pela frente.

Longe de ser uma resposta definitiva aos problemas aqui apontados, o Marco Civil da Internet é, como dito, um direcionamento para os debates futuros. Integrando o ordenamento jurídico e indicando regimes de proteção de dados e de responsabilização, é fácil perceber o impacto do texto legal no Poder Judiciário, a quem cabe aplicar muitas das suas disposições.

Mas é preciso ir além e entender que o impacto do Marco Civil vai além das demandas judiciais, dos debates doutrinários e que o seu destinatário final é cada brasileiro que se vale da rede para os mais diversos fins. Garantir que a rede continue sendo um espaço aberto e promotor de liberdades é a função maior da Lei nº 12.965/2014.

Esse objetivo apenas poderá ser cumprido caso exista um acompanhamento constante sobre a aplicação de seus dispositivos e o escrutínio rigoroso das tentativas que modificação do texto que podem sabotar a sua missão principal. Essa é a atividade que cabe a todos e para qual esse livro espera ter oferecido uma pequena contribuição.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Autorizações Administrativas", in: **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 62, 2005.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBARGALO, Erica B. "Aspectos da Responsabilidade Civil", in: Ronaldo Lemos, Ivo Waisberg (orgs) **Conflito de Nomes de Domínio e Outras Questões Jurídicas da Internet**. São Paulo: RT, 2003.

BARLOW, John Perry. "**A Declaration of the Independence of Cyberspace**" (www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence, acessado em 15.10.2016).

BARRADAS, Ovídio. **Você e as Telecomunicações**. Rio de Janeiro: Interciência, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Temas de Direito Constitucional**, volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALVINO, Italo. **As Cidades Invisíveis**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CANNON, Sarah e SUMMERS, Lawrence. **How Uber and the Sharing Economy can Win Over Regulators**, Harvard Business Review, disponível em: <https://hbr.org/2014/10/how-uber-and-the-sharing-economy-can-win-over-regulators/>).

CERF, Vint. "**Internet Access is not a Human Right**", in New York Times, edição de 04/01/2012, disponível em http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?_r=0 (acessado em 14.10.2016)

DEL MASSO, Fabiano. "Livre-Iniciativa, Livre Concorrência e Direitos do Consumidor como Fundamentos do Uso da Internet no Brasil", in: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; e FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EISENMANN, T.; PARKER, G. e VAN ALSTYNE, M. Opening Platforms: How, When and Why?. In: Gawer, Annabelle (ed.), **Platforms, Markets and Innovation**, Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2008.

GARCIA, Rebeca. "Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas", in: **Revista dos Tribunais nº 964** (fevereiro de 2016); pp. 161-190.

GETSCHKO, Demi. As origens do Marco Civil da Internet. In: Leite, George e Lemos, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 12-17.

GIACCHETTA, André Zonaro. "A Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet e o Anteprojeto de Reforma da Lei n 9610/98 ("Lei de Direitos Autorais")", In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, n. 117 (mar-abr/2012); pp. 25/39

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

ISENBERG, David. The Rise of the Stupid Network, in: **Computer Telephony**, Agosto de 1997, pp. 16-26.

LEMOS, Ronaldo. "Uma breve história da criação do Marco Civil" in: DE LUCCA, Newton *et al* (eds), **Direito & Internet III: marco civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), tomo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2015; pp. 79-100.

LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso; e BRANCO, Sergio. "Responsabilidade civil na Internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana", in: **Revista de Direito das Comunicações**, v. 1 (jan-ago/2010); pp. 80/98.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet**. Brasília: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. "A Garantia Fundamental do Direito à Privacidade e à Liberdade de Expressão nas Comunicações como Condição ao Pleno Exercício do Direito de Acesso à Internet", in: LEITE, George Salomão. LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014; pp. 631/632.

LESSIG, Lawrence. "**The Law of Horse: what CyberLaw might teach**" (1999) 113 HLR 501.

_____. **Expert Report apresentado no caso A&M Records Inc. e outros contra Napster Inc.**, (in: <http://www.lessig.org/content/testimony/nap/napd3.doc.html>).

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1ª ed, 1925.

O'MALEY, Daniel, **Networking Democracy: Brazilian Internet Freedom Activism and the Influence of Participatory Democracy** (<http://ssrn.com/abstract=2757853>, acessado em 15.10.2016).

OPICE BLUM, Renato, ELIAS, Paulo Sá e MONTEIRO, Renato Leite. "**Marco Regulatório da Internet Brasileira: 'Marco Civil'**" (<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI157848,91041-Marco+regulatorio+da+Internet+brasileira+Marco+Civil>, acessado em 14.10.2016).

PAVLI, Darian. **“Case Watch: Top Argentine Court Blazes a Trail on Online Free Expression”**, in: <http://www.opensocietyfoundations.org/voices/case-watch-top-argentine-court-blazes-trail-online-free-expression> (acessado em 14.10.2016).

RAMOS, Marcelo de Matos. (2006) **Neutralidade de Redes: O Futuro da Internet e o Mix Institucional**. Documento de Trabalho n.º 41, SEAE/MF, de dezembro de 2006, http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_41.pdf, acessado em 14.10.2016.

ROCHET, Jean-Charles e TIROLE, Jean. **Platform Competition in Two-Sided Markets**, *Journal of the European Economic Association*, Junho de 2003, 1 (4), pp. 990-1029, disponível em: <http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>.

RODOTÀ, Stefano. **La Démocratie Électronique: de nouveaux concepts et expériences politiques**. Rennes: Apogée, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. acessado em 14.10.2016.

_____. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, in: **Revista dos Tribunais 798**, 2002, pp. 23-50.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; VIOLA, Mario (eds.), **Understanding Brazil’s Internet Bill of Rights**. Rio de Janeiro: ITS Rio, 2015.

THOMPSON, Marcelo. **“The Insensitive Internet – Brazil and the Judicialization of Pain”** (<http://www.iposgoode.ca/wp-content/uploads/2010/05/Marcelo-Thompson-The-Insensitive-Internet-Final.pdf>, acessado em 14.10.2016)

WU, Tim, **Network Neutrality, Broadband Discrimination**. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003, <http://ssrn.com/abstract=388863>, acessado em 14.10.2016.

YOO, Christopher. **Would Mandating Broadband Network Neutrality Help or Hurt Competition? A Comment on the End-to-End Debate**. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 3, 2004.

ZITTRAIN, Jonathan L., **The Future of the Internet – And How to Stop It** (Yale University Press & Penguin UK 2008), disponível em: http://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/4455262/Zittrain_Future%20of%20the%20Internet.pdf?sequence=1.

Informações Gráficas

Formato: 15 x 22 cm

Mancha: 11 x 18 cm

Tipologia: Ubuntu

Papel: AP 90 g/m² (miolo) – Triplex 250 g/m² (capa)

Tiragem: 100 exemplares

Impressão e acabamento: Editar Editora Associada – Juiz de Fora/MG

Tel.: (32) 3213-2529 / Dezembro de 2016.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12965/2014) foi a primeira iniciativa do Poder Executivo brasileiro que se valeu da rede para ampliar o debate que leva à proposição de um projeto de lei no Congresso Nacional. O objetivo deste livro é justamente entender os motivos que levaram à adoção dessa iniciativa, como se desenrolou o processo de criação colaborativa da lei e, finalmente, olhar para a sua aplicação.

Passados mais de dois anos desde a aprovação do Marco Civil da Internet, não faltam controvérsias sobre a sua interpretação e o destino que os tribunais reservam para alguns dos mais inovadores dispositivos constantes da lei. Desvelar essa aplicação do Marco Civil seria um exercício menos interessante se ele não levasse em conta o processo que gerou o resultado legislativo. Muitas das controvérsias e das questões difíceis que o Marco Civil procura enfrentar podem ser melhor compreendidas se o passado da iniciativa for descoberto e analisado.

Este livro analisa então diversos temas relacionados com a aplicação do Marco Civil como as tentativas de suspensão de aplicativos, a responsabilidade civil de provedores, o conceito de neutralidade da rede, o chamado direito ao esquecimento e o combate aos cibercrimes.

ISBN 978-85-7851-156-2

