Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet



Augusto Marcacini

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe ***Le Livros*** e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudíavel a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O ***Le Livros*** e seus parceiros disponibilizam conteúdo de dominio publico e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: ***lelivros.love*** ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



Augusto Tavares Rosa Marcacini

Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet

Lei nº 12.965/2014

São Paulo

2016

Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965/2014

© Augusto Tavares Rosa Marcacini

Sobre o autor:

Augusto Tavares Rosa Marcacini é Advogado em São Paulo, Bacharel (1987), Mestre (1993), Doutor (1999) e Livre-docente (2011) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É Professor no curso de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da UniFMU, instituição em que também leciona Direito Processual Civil no curso de Graduação em Direito. Foi Presidente da Comissão de Informática Jurídica (2004-2006 e 2007-2009) e da Comissão da Sociedade Digital (2010-2012) da OAB-SP.

Dados bibliográficos:

Marcacini, Augusto Tavares Rosa. Aspectos Fundamentais do Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Edição do autor, 2016.

ISBN da versão impressa:

ISBN-13: 978-1541333031

ISBN-10: 1541333039

Aos meus pais,
Nobil Marcacini (*in memoriam)* e
Marly Tavares Rosa Marcacini.

À minha esposa, Luciana,
e aos nossos filhos,
Ana Helena, Maria Clara (*in memoriam*) e João Pedro.

Sumário

Prefácio do Autor

Aspectos introdutórios

1. A Internet e o Direito na Sociedade da Informação

    1.1. A Internet

    1.2. O papel da Internet na Sociedade da Informação

    1.3. O chamado Direito da Informática

    1.4. O fato informático

2. As pretensões de se regulamentar “a Internet” e “a Informática” e suas dificuldades

    2.1. Sobre regular “a Internet”

    2.2. Os antecedentes do Marco Civil e a sua criação

3. Sobre o desenvolvimento deste estudo

Capítulo I - Um pouco de informação sobre a Internet

1. A arquitetura da Internet e sua interoperabilidade

2. Internet Protocol – IP

3. Domain Name Server – DNS

4. Hypertext Transfer Protocol – HTTP

5. Proxy

Capítulo II - Aspectos gerais

1. O que é o Marco Civil da Internet?

    1.1. Natureza da norma.

1.2. Objetivos do Marco Civil

2. Incidência

3. Territorialidade

3.1. Considerações iniciais e a dificuldade do tema

3.2. A territorialidade e o Marco Civil

Capítulo III - Fundamentos, princípios e objetivos do Marco Civil da Internet

1. Considerações iniciais

2. Sobre os fundamentos, princípios e objetivos do uso da Internet no Brasil

3. Definições

Capítulo IV - Princípio da neutralidade da rede

1. Conteúdo, extensão e oportunidade da neutralidade

2. Exceções ao tratamento isonômico dos pacotes

Capítulo V - Proteção à privacidade

1. Considerações iniciais

2. Conceitos

3. A proteção da privacidade no Marco Civil

3.1. Considerações iniciais

3.2. Princípios e demais disposições gerais sobre a privacidade

3.3. Proteção aos registros, dados pessoais e às comunicações

3.4. Do trato dos registros de conexão e de acesso a aplicações

4. Da requisição dos registros em processo civil

Capítulo VI - Deveres e responsabilidades dos provedores de acesso e de aplicações

1. Considerações iniciais

2. Da responsabilidade dos provedores

3. Responsabilidade dos provedores pela violação de direito autoral cometida por terceiros

4. Disposições processuais sobre o tema

Capítulo VII - Liberdade de expressão

1. Considerações iniciais

2. A liberdade de expressão e o papel do Marco Civil no contexto atual do país

Referências

Prefácio do Autor

É sempre um prazer indescritível poder me dirigir aos eventuais e futuros leitores para apresentar-lhes a publicação de uma nova obra. E isso é também especialmente instigante quando a obra em questão versa sobre as modernas tecnologias: há, de certo modo, uma relação de mão dupla entre a publicação de mais este trabalho de minha autoria e o tema nele abordado.

Essa mencionada relação decorre do fato de que a mesma tecnologia digital que gerou os efeitos sociais, políticos e jurídicos tratados neste livro também é de algum modo a responsável pela sua publicação e pelo fato destas palavras terem chegado aos sentidos de quem, neste momento, põe-se a lê-las ou, talvez, a escutá-las.

Já se passaram alguns anos desde que decidi que tudo aquilo que porventura viesse a escrever no futuro seria preferencialmente publicado em formato de livro eletrônico, ou, no popularizado termo inglês, em *e-book*. As vantagens desse formato são, hoje, incomparáveis, seja pela facilidade de publicação, pelo autor, ou de aquisição da obra, pelo leitor, seja pela possibilidade de transferir a radical redução de custos de edição de um livro que é feito somente de *bits* para o preço final do produto, beneficiando o comprador e proporcionando à população mais acesso ao conhecimento, ou quer seja, ainda, entre muitos outros motivos que poderiam ser aqui arrolados, pela simplicidade de armazenamento e transporte dos “volumes”, numa época em que o adensamento urbano vem aumentando o preço dos espaços destinados à habitação ou ao trabalho, tornando um luxo para poucos poder destinar alguns bons metros quadrados para a instalação uma ampla – ou nem tanto – biblioteca.

E o modelo de livro eletrônico que hoje impera no mercado, e segundo o qual esta obra foi produzida e distribuída, é fruto direto e indissociável do desenvolvimento e popularização da Internet. Mesmo que o leitor esteja mirando estas linhas em sua versão impressa (sim, ela igualmente existe!), saiba que sua produção também resultou das novas tecnologias digitais e, claro, do ambiente *online*. O livro em papel, cuja preparação só foi possível graças ao uso da Internet, é impresso no sistema digital conhecido por *impressão por demanda*. Não há produção em série. Não há estoque. Cada unidade é impressa somente

quando previamente adquirida em alguma loja *online* em que o livro está sendo ofertado. Como dito, a grande rede mundial de computadores é, ao mesmo tempo, o objeto de atenção e a mãe generosa desta publicação. E tudo isso ainda continua a ser, para mim, um fenômeno um tanto fascinante, não obstante o quanto já esteja razoavelmente familiarizado com essas modernidades todas.

Minha geração viu com assombro uma geringonça disforme pousar na Lua; assistiu à TV em "preto e branco"; conheceu as dificuldades de se completar uma ligação telefônica para outra cidade, situada a apenas umas dezenas ou centenas de quilômetros de distância; fez cursos de datilografia, para aprender não só como escrever rapidamente com os dez dedos, mas para bem alinhar o papel, aprender alguns truques para deixar reta a margem direita do texto, ou saber como usar a folha de carbono; orientava-se nas estradas usando mapas que, desdobrados, ocupavam cerca de um metro quadrado e, evidentemente, nem de longe sugeriam em que ponto do planeta o seu veículo estava; sentia-se moderna ao gravar a própria voz em fitas cassete, usando gravadores "portáteis" que pesavam uns dois quilos e produziam um som horrível. Mas uma ou duas gerações atrás, a depender do lugar em que viviam, nossos pais ou avós viram a chegada da eletricidade.

Requentando uma narrativa com que, há uns 15 anos, prefaciei uma outra obra, meu primeiro acesso à Internet se deu em 1995, usando as conexões acadêmicas da Universidade de São Paulo, que naquela ocasião passou a disponibilizá-las a todos os pós-graduandos. A primeira tentativa de conexão foi algo frustrante. Segui todas as instruções que me foram fornecidas pelo manual de acesso (era preciso ler um!) e, completada a conexão, esperava ver surgir na tela algo como "*Welcome to the Internet!"*, mas nada de efusivo aconteceu, senão aparecer um enigmático e arrogante "prompt", que não respondia a nenhum dos meus comandos. Fui conectado, sem saber, a um servidor UNIX em modo terminal e precisei de mais algumas semanas de leitura de instruções para conseguir manter algum tipo de contato com a Rede. E, mesmo assim, adentrei o ciberespaço somente pela curiosidade que ele despertava, sem ter na ocasião a menor ideia da utilidade daquilo (que, de fato, nem era tanta...).

Ao fazer uma dessas limpezas (nada) rotineiras e (quase) anuais em meus velhos arquivos, encontrei recentemente um recorte de jornal daquele mesmo ano de 1995. Relê-lo me fez sentir abrindo um livro de História. A reportagem afirmava que a então companhia estatal de telecomunicações, Embratel, anunciava a

venda de pacotes comerciais de acesso à Internet, prometendo fornecer ao país "*até 2 mil acessos para usuários por mês"*. Era como ler um jornal antigo com manchetes entusiasmadas a comemorar a travessia aérea do Atlântico!

Poucos anos depois, várias empresas passaram a fornecer o acesso à Internet, tornando-o bem mais facilitado, mas ainda assim dependente de alguma operosidade por parte do cliente interessado em experimentar a novidade.

Hoje, a Rede se tornou parte integrante e indissociável da realidade. Tornou-se onipresente e instantânea. Apetrechos do cotidiano já são automaticamente ligados a ela. Há toda uma nova geração que simplesmente não sabe o que é um mundo sem Internet, sem *smartphones*, ou sem o GPS. Para essas pessoas, as tecnologias digitais sempre estiveram ali, à mão, desde quando vieram ao mundo... E as estimativas apontam que metade da humanidade já está conectada. Nenhuma tecnologia anterior foi de tal modo abrangente e universalizante.

Não há como escrever sobre o tema, ou apresentar este breve prefácio, sem que todas essas passagens me venham à mente.

A Internet, ao intermediar relações humanas, inevitavelmente passou a ser um canal para a realização de atos ou fatos jurídicos, daí a atenção que o Direito também desperta por ela. Após muita discussão nos meios jurídicos e políticos, o país promulgou em 2014 o chamado *Marco Civil da Internet*. A proposta original de se criar um regramento civil para a Internet foi um contraponto à visão negativa que dominou inicialmente o debate jurídico e político a seu respeito, e em especial foi uma espécie de oposição política ao projeto de lei sobre crimes eletrônicos que havia sido apresentado pouco tempo antes. Assim como, há cerca de um século, incutiu-se o pavor de uma invasão de marcianos, nos primórdios da Internet os temores infundados, ou ao menos não tão fundados, logo ganharam muito mais fama do que os seus evidentes, porém mais silenciosos, benefícios.

Na verdade, de qualquer ângulo que se observe, os pontos positivos da informatização são evidentemente muito mais expressivos, quantitativa e qualitativamente, do que o mal que a Rede pode ter trazido a reboque.

E tais benefícios, felizmente, são infinitamente maiores do que, por exemplo, proporcionar a fácil produção e distribuição deste despretensioso livro, que ora

entrego aos leitores!

Estando a Lei em vigor desde 2014, decidi esperar que as ideias em torno do tema amadurecessem um pouco mais – inclusive as minhas próprias – antes de publicar um trabalho de mais fôlego sobre as suas disposições, o que finalmente faço agora.

O trabalho que ora vem à luz examina o que considerei ser os aspectos fundamentais da nova Lei. O texto desse diploma legal, como um todo, é excessivamente prolixo e repetitivo e tais críticas serão inevitavelmente expostas nos capítulos deste livro. Tenho dito, talvez com certa acidez de minha parte, que com menos de um terço das palavras teria sido possível atingir a mesma utilidade e produzir o mesmo conteúdo normativo. Por tais razões, optei por organizar este estudo em capítulos temáticos, ao invés de comentar, artigo por artigo, o Marco Civil.

Assim, após algumas considerações iniciais, a obra traz em seus capítulos principais um exame da *privacidade*, da *responsabilidade dos provedores*, da *liberdade de expressão* e de um tema que, bastante recente, ainda é razoavelmente desconhecido ou incompreendido: a chamada *neutralidade da rede*. Tais frentes produzem questões da maior relevância para a atual Sociedade da Informação e por certo comportariam um desenvolvimento isolado muito maior do que o abarcado por esta obra, que, focada no estudo do Marco Civil, tem somente a pretensão de contribuir para auxiliar a boa interpretação dessa ainda jovem Lei e de suas repercussões sobre esses quatro temas fulcrais.

Para finalizar este breve prefácio, espero, como sempre, que meus comentários possam ser úteis ao ilustre leitor!

Augusto Tavares Rosa Marcacini
Dezembro de 2016

Aspectos introdutórios

1. A Internet e o Direito na Sociedade da Informação

1.1. A Internet

Diferentemente do que ocorria há apenas pouco mais de dez anos, parece dispensável, numa obra jurídica, apresentar a Internet ao leitor. Parodiando uma polêmica frase dos anos 60, a Internet já se tornou mais popular que os Beatles.

Excetuados, talvez, os que vivem em ambientes de extrema escassez, ou em países cujos regimes políticos tentam resistir à influência da Rede, todos os demais habitantes do planeta já devem ao menos saber *o que* é a Internet. E grandes parcelas da humanidade têm acesso a ela. No Brasil, pesquisa recente aponta que 58% da população encontra-se conectada à Internet, embora a distribuição ainda ocorra de forma bastante desigual: enquanto na classe A o percentual de internautas atinge 95%, nas classes D e E o índice é de apenas 28%.[1] Mas as expectativas de maior acesso à Internet pelas camadas menos favorecidas da população são crescentes e promissoras, especialmente devido ao radical decréscimo do custo dos dispositivos móveis, eis que, segundo a mesma pesquisa, 89% dos usuários acessam a Rede por meio de aparelhos celulares. Um levantamento mundial conduzido pelo Facebook aponta que, ao final de 2015, 3,2 bilhões de pessoas estavam *online*, indicando que nos últimos dez anos o acesso à Internet apresentou um crescimento médio anual entre 200 e 300 milhões de pessoas.[2] Segundo tais dados, o Brasil ocupa a 78ª colocação entre os países do mundo no que tange ao percentual de acesso à Rede por seus habitantes, uma posição, portanto, bastante modesta. De todo modo, é de se supor que o leitor de uma obra jurídica como esta já se encontre perfeitamente integrado à Internet e saiba, ao menos empiricamente, *o que* seja ela.

Entretanto, saber *o que* é um computador, ou *o que* é a Internet, não significa compreender como esses produtos tecnológicos funcionam. Assim como motoristas podem perfeitamente conduzir um automóvel sem compreender coisa nenhuma sobre a mecânica e a eletrônica que promovem a sua marcha, também já se tornou perfeitamente possível aproveitar as vantagens da Informática sem

compreendê-la. Ninguém precisa saber como funciona o editor de textos para, por meio dele, redigir seus escritos íntimos ou profissionais. Nem é necessário entender de redes de computadores para acessar a Internet e fazer uso de algum dos seus múltiplos serviços disponíveis *online*.

Parece-me difícil, contudo, sustentar que, para ser um cidadão completo, neste Século XXI, não seja necessária uma compreensão mínima acerca das novas tecnologias da informação e comunicação. Não saberia dizer, e essa é sem dúvida uma questão difícil, em que *medida* a compreensão acerca dos sistemas digitais de representação da informação, da forma com que tais informações são armazenadas e transmitidas e, também, como se proporciona a segurança dessa informação são conhecimentos estritamente necessários para o habitante da moderna sociedade da informação. Pode-se, sem dúvida, viver sem isso. Tanto quanto vivem e viviam os analfabetos e os que ignoram outros tantos conhecimentos básicos ensinados na escola... Na medida em que quase tudo o que se conhece é ou pode ser controlado por um computador, que, por sua vez é gerenciado por um software e pode estar interconectado a todo o resto do planeta, a compreensão mínima sobre sistemas digitais parece ser um conhecimento tão relevante nos dias atuais quanto ser alfabetizado.

Em 2012, uma fundação britânica foi criada e começou a produzir pequenos computadores, chamados de *Raspberry Pi*,[3] vendidos por valores em torno de 40 dólares, com o objetivo declarado de proporcionar *hardware* barato e aberto, que possa ser largamente utilizado para o aprendizado de programação e robótica, especialmente por crianças, nas escolas, e nos países em desenvolvimento. Há por trás dessa proposta a evidente premissa de que a compreensão da tecnologia deve ser parte da formação média da população.

Em obra publicada nos anos 90, o astrônomo Carl Sagan exibia sua preocupação com o desconhecimento geral sobre – se assim podemos condensar as suas palavras – como as coisas funcionam em nosso mundo moderno. Segundo ele, criamos uma civilização cujos aspectos mais essenciais são profundamente dependentes de ciência e tecnologia, mas quase ninguém entende de ciência e tecnologia, de modo que "*cedo ou tarde essa mistura combustível de ignorância e poder vai explodir na nossa cara*".[4] Seu livro, originalmente publicado em 1996, praticamente coincide com o nascimento da Internet comercial e, portanto, ainda não levou em conta a forte expansão que ela viria a ter em nossa

sociedade, para além dos nichos científico e universitário, o que torna aquela sua preocupação algo ainda mais candente. A Grande Rede é hoje canal de oferecimento de serviços públicos tão essenciais quanto o próprio acesso à justiça, é fonte de notícias, é meio de relacionamento social, é forma de realizar operações comerciais e financeiras de lado a lado do planeta, é, enfim, em si mesma, um meio de produção de riquezas. Uma compreensão mínima de seu funcionamento não seria um conhecimento tão essencial para o habitante deste Século XXI, quanto saber ler e escrever?

Como não poderia deixar de ser, uma vez que a Internet é essencialmente um canal de relacionamento humano, o Direito e seus estudiosos têm despertado crescente interesse por ela e, claro, pelas consequências jurídicas que seu uso produz. E mais e mais casos concretos têm sido levados a juízo, envolvendo o que podemos chamar de *fatos informáticos*. Assim, mostra-se impossível ao moderno estudioso do Direito desconhecer minimamente alguns aspectos propriamente tecnológicos, como se a aplicação da norma jurídica pudesse ser realizada a contento apesar da completa ignorância acerca do *fato* por ela regulado; ou, ainda, quem quer que pretenda enveredar seus estudos sobre o chamado *Direito da Informática*, não pode prescindir do conhecimento sobre o *fato* sobre o qual incide a norma. O avanço tecnológico propiciou *fatos* novos, ou modos variantes, talvez com alguns detalhes próprios, de se realizar *fatos* e *atos* já antes conhecidos, regulados pelo Direito e amplamente praticados na sociedade. E assim passa a ser exigida dos operadores do Direito uma compreensão mínima desses novos fatos e, para tanto, das tecnologias envolvidas.

Assim, embora seja dispensável apresentar, aqui, *o que* é a Internet, alguns detalhes sobre a tecnologia e seu funcionamento, ainda que de forma passageira, serão objeto do primeiro capítulo desta obra e, embora certamente insuficientes para a completa instrução do leitor (caso ele ainda não tenha uma compreensão inicial da tecnologia), que tais linhas ao menos o instiguem a continuar suas investigações sobre o *fato informático*, *como* ele acontece e sobre correlatos aspectos ligados à segurança das informações armazenadas e transmitidas em formato digital.

1.2. O papel da Internet na Sociedade da Informação

Escrevi, há mais de uma década, que a então recente popularização da Internet estava despertando visões quase exotéricas naqueles que com ela travavam seus primeiros contatos, como se a Rede fosse uma nova dimensão, ou um mundo paralelo, diverso desta nossa existência terrena. Para algumas visões extremadas de então, o dito Direito "tradicional" era algo alheio, incompatível e inaplicável ao chamado ciberespaço. Era, evidentemente, um exagero destes.

A Internet foi apenas mais um novo meio de comunicação que, sem dúvida, revolucionou a sociedade humana, tanto quanto também o fizeram, ao seu tempo, os meios de comunicação que lhe antecederam: a escrita, a imprensa, o telégrafo, o rádio e a televisão. Evidentemente, conforme a tecnologia evoluiu, mais abrangentes foram os meios subsequentes, ao ponto de quase a metade da população mundial estar conectada à Internet, em apenas pouco mais de duas décadas de sua abertura ao público, enquanto que, durante séculos passados, apenas ínfimas parcelas da humanidade foram alfabetizadas. Dizer que a Internet, na sua essência, não é um universo paralelo, mas nada mais nada menos do que um meio de comunicação, não significa desprezar as profundas repercussões sociais, políticas, jurídicas e econômicas que dela derivaram. Proporcionar comunicação entre as pessoas já é, em si, um instrumento de intrínseco potencial revolucionário sobre os costumes, o modo de vida e a organização política e econômica de uma sociedade, pela simples constatação de que a comunicação proporciona acesso à informação, e informação é – e sempre significou – *poder*.

A invenção da imprensa foi, ao seu tempo e na proporção possível diante das limitações práticas e materiais de então, uma grande revolução no acesso à informação, permitindo a produção de obras a custo mais baixo, em escala, e especialmente nas línguas nacionais, mais acessíveis aos potenciais leitores do que o culto e sectário latim, conhecido apenas pela alta elite política e eclesiástica da Idade Média. É difícil pensar que toda a evolução social, econômica e científica dos últimos quinhentos anos, ou mesmo toda a expansão das liberdades individuais, para falar também do campo político, pudessem ter florescido sem contar com a possibilidade de impressão de livros, jornais, revistas ou outros escritos em grande escala.

A Internet é, pois, o estágio mais avançado a que chegaram, até o momento, os meios de comunicação que vinham evoluindo desde a escrita e, apoiada no crescente poder de processamento dos computadores, cada vez mais baratos, e

da velocidade e acuidade da transmissão dos sinais digitais, proporcionou meios únicos de comunicação: instantâneos, de alcance planetário e – aspecto que mais merece destaque – descentralizados. Cada ponto conectado à Internet é ou pode ser, ao mesmo tempo, receptor e transmissor de informação. E o canal que liga dois pontos não é único, mas, assumindo propriamente a forma de uma *rede*, permite que a informação se desloque por trilhas alternativas até o seu destino. Pode ser ingênuo afirmar que a Internet não possa ser controlada por ninguém – há, efetivamente, alguns controles técnicos que podem ser exercidos sobre o seu funcionamento – mas isso não exclui o fato de que a Grande Rede é a instituição de maior grau anárquico que a humanidade já conheceu. E essa estrutura anárquica e difícil de dominar traz, ao mesmo tempo, um potencial libertador e o temor correlato de uma ruptura do *status quo* e da destruição criativa que ela é capaz de proporcionar. Assim como o editor de textos baniu as máquinas de datilografia, a Internet, para o bem ou para o mal, também fez e fará suas vítimas: de cartas e cartões de Natal enviados pelos correios a grandes empresas de comunicação; das funções de estagiários de Direito que acompanhavam processos nos balcões dos fóruns ao poder de grupos e oligarquias políticas. Ainda é imprevisível o impacto que será causado em nossa sociedade pela popularização da Internet e o barateamento constante dos canais de comunicação e dos dispositivos necessários à conexão.

Há pouco mais de cinco anos, foi corrente a percepção de que a então chamada "primavera árabe" teria sido fortemente alavancada pela capacidade de comunicação que a Internet e os nascentes dispositivos móveis de acesso a ela proporcionaram aos rebelados. Se as flores dessa primavera não produziram bons frutos, isso talvez se deva ao fato de que a construção de instituições democráticas seja algo um tanto mais complexo do que a mera consequência da insatisfação popular com o governo de turno. A História, aliás, traz fartos exemplos de que levantes violentos não foram bastantes para produzir um dia seguinte relativamente melhor. Mas pode-se sem receio dizer que a tecnologia produziu canais novos de participação popular e de expressão de suas aspirações e insatisfações. O momento político atual de nosso país, de forte insatisfação e de continuadas manifestações de cobrança sobre os agentes públicos por parte da população, é fato que não pode ser dissociado da crescente popularização da Internet e das redes sociais. Informação e comunicação, afinal, são instrumentos de poder. Proporcionar canais livres, baratos, rápidos e instantâneos a qualquer um que tenha acesso à Internet é uma forma de deslocamento e pulverização do poder, das mãos de governos e grandes grupos políticos e econômicos para o

cidadão comum. Se a tecnologia não trará, por si só, mais liberdade e democracia, a Internet é, ao menos, um canal facilitador para o alcance desses ideais políticos, pela sua intrínseca natureza abrangente e descentralizada.

Mas é possível ver também, na Internet, um instrumento nivelador, com a tendência – se não estou sendo por demais otimista, de modo que já peço perdão ao leitor pelos possíveis exageros – de forçar nivelações mundiais, ou ao menos regionais, em direção a patamares mais elevados de liberdade e participação. A menos que o acesso à Rede seja completamente vetado a seus habitantes, é praticamente impossível a um regime político autocrático impedir que seus súditos saibam como vivem e o que pensam seus semelhantes que habitam países mais livres. Ou que eles próprios organizem formas de resistência, comunicando-se entre si pelos seus canais digitais. Como não parece provável que países de menor liberdade cerceiem as liberdades disponíveis no estrangeiro, a menos, como dito, que a Internet seja pura e simplesmente desligada, a contaminação de ideias em um cenário tal, migrando do ambiente mais livre para o menos livre, parece ser um fenômeno tão natural quanto a osmose.

Na Romênia dos anos 80, então dominada por um dos regimes mais fechados do Leste Europeu, foi um contrabandista de fitas de videocassete, que permitiu à população conhecer o mundo exterior, ter ciência da prosperidade dos países ocidentais e, com isso, constatar as mentiras que o governo lhe transmitia para justificar toda a privação a que o povo estava submetido. Foi um momento histórico interessante e inspirador, pela relativa espontaneidade com que os fatos se desenrolaram: sem nenhuma pretensão política, o protagonista desses acontecimentos apenas buscava ganhar dinheiro e, obtendo algum, pôde também comprar a solícita cumplicidade de agentes corruptos de um Estado policial que apodrecia. E a esse episódio pitoresco atribui-se a consequência imprevista de provocar o aumento da pressão social sobre a ditadura vintenária de Nicolae Ceaucescu, que levaria, por fim, à sua trágica deposição.[5]

Passados trinta anos, a tecnologia hoje disponível para disseminar a informação e romper barreiras que a isolem tornou-se fantasticamente mais eficiente, prática e barata. O contrabandista romeno precisava primeiramente trazer, de forma sempre arriscada, os cartuchos de VHS para dentro das fronteiras do seu país. Usando dezenas de aparelhos que com o tempo logrou adquirir, conforme seu negócio prosperava, produzia uma a uma as cópias das fitas, para depois negociá-las de forma clandestina com outros pequenos mercadores que,

meramente desejando complementar sua empobrecida receita doméstica, faziam pequenas sessões de cinema em suas casas, ou as vendiam para outros que do mesmo modo precário as exibiam por todo o país. Parece desnecessário tecer aqui longas explicações para comparar a eficiência desse método de replicação e distribuição da informação com o que hoje é proporcionado pela Internet, já que as diferenças são maiúsculas; ou comparar os meios possíveis de se barrar o trânsito de livros, fitas ou qualquer outro suporte físico com a hercúlea dificuldade de se tentar impedir que uma informação registrada em formato digital seja transmitida a alguém. Livros já foram lançados à fogueira incontáveis vezes. Outros suportes físicos da informação podem ser apreendidos e de alguma forma destruídos. Mas, para o bem ou para o mal, *bits* não podem ser aprisionados e, se suficientemente replicados e protegidos, são potencialmente indestrutíveis. E esso é um dado da realidade, uma característica inseparável das tecnologias digitais de representação da informação. Não é uma opção política ou um ato de vontade de alguém, ou um desejo deste que lhes escreve estas linhas. Uma vez inventados e popularizados, a representação digital da informação e seus meios de transmissão e armazenamento se tornaram um fato concreto tão inafastável de nossa realidade quanto a velocidade da luz ou a força da gravidade.

Feitas essas considerações, falar do papel que a Internet representa na moderna sociedade é falar sobre o tudo. Nenhuma tecnologia, em tempo algum, foi de tal modo abrangente. A Internet oferece canais para proporcionar educação, pesquisa, trabalho, participação política, produção de riquezas, notícias, contato social, serviços públicos, consumo, lazer, assim como fraudes e outros ilícitos. Pode-se dizer que as modernas tecnologias da informação e comunicação permitiram, de um modo mais rápido, barato e em escalas antes inimagináveis, fazer tudo aquilo de bom e de ruim que a humanidade já fazia antes. Mas sendo o ilícito, na Internet e fora dela, uma exceção (por mais que algumas visões catastrofistas tentem sustentar o contrário), sobressaem as vantagens que tais tecnologias proporcionaram à sociedade atual, e esta é a razão pela qual a Internet, com suas características inatas, é um bem a ser preservado e alimentado. E o Direito, mais do que tentar criminalizá-la, deve servir para estimular o que de melhor a Rede trouxe para a nossa civilização: o poder imediato de estabelecer uma comunicação livre entre todas as pessoas do globo.

1.3. O chamado Direito da Informática

Como salientei em outros trabalhos recentes,[6] desde o surgimento dos modernos computadores estão os juristas tentando aproximar os dois ramos do conhecimento, o Direito e a Tecnologia da Informação, produzindo movimentos nem sempre metodologicamente claros ou precisos. A esse campo de estudo, costuma-se atribuir denominações não muito adequadas, como Direito Eletrônico, Direito Digital, ou, ainda pior, Direito Virtual. Como o Direito não pode ser nem eletrônico nem digital, pois esses são adjetivos que não lhe dão sentido algum, e chamá-lo de virtual ainda lhe introduz conotações bastante ambíguas, essa linha de estudo seria melhor designada simplesmente por Direito da Informática.

Contrariando algumas opiniões no sentido de reconhecer-se no chamado Direito da Informática (ou outras denominações que se lhe queira dar) um ramo autônomo do Direito, sustentei, em trabalho anterior que tal denominação poderia ser empregada para definir um "*estudo interdisciplinar das relações entre a Informática e todos os ramos do Direito, voltado para a compreensão e enquadramento normativo dos novos fatos trazidos pela expansão da tecnologia e pela formação de uma sociedade em rede*".[7] Conquanto o avanço tecnológico, especialmente a onipresença da Internet, tenha modificado substancialmente a vida em sociedade, isso não parece suficiente para produzir um *ramo autônomo* do Direito, que tenha princípios, método, ou objeto de regulação próprio. Há, sem dúvida, atos e fatos novos, ou maneiras novas de se realizar atos ou fatos já antes conhecidos, mas eles não se distinguem essencialmente de outros já existentes e regulados por ramos "tradicionais" do Direito.

Noutras palavras, a utilização da Grande Rede, ou de qualquer outra inovação tecnológica, para o estabelecimento de relações humanas, não é bastante para diferenciar, em sua essência, a natureza jurídica e pertinência temática dessas relações. Isto é, um contrato, seja ele civil, consumerista ou trabalhista, pode certamente sofrer influência e apresentar contornos particulares, quando intermediado por computadores, ou quando para sua execução sejam utilizadas infraestruturas digitais, mas isso não os afasta de suas características *jurídicas* que os definem como civis, consumeristas ou trabalhistas, cabendo aos respectivos ramos do Direito regê-los e aplicar-lhes os princípios, métodos e critérios interpretativos que lhes são próprios.

Novos fatos podem, sem dúvida alguma, suscitar a necessidade de produção de

novas leis. Mas isso ocorreu ao longo de toda a História e não é uma consequência apenas da recente expansão tecnológica. Sempre defendi, contudo, que antes de se propor a criação de novas leis, deve-se verificar o quanto aqueles fatos da vida já não são abrangidos pelas leis já existentes. Isso não só evita legislar desnecessariamente, como também nos afasta do risco de produzir normas que conflitem com as que se encontrem em vigor, ou gerem infindáveis controvérsias sobre a órbita de aplicação de uma ou outra norma.

O moderno jurista, interessado pelas relações entre o Direito e a Informática, deve, antes de tudo, procurar entender o *fato informático*. Muitas das atuais dificuldades em compreender o Direito da Informática residem precisamente aí: a falta de suficiente compreensão sobre o modo como as relações humanas se estabelecem em nossa moderna sociedade da informação e como a tecnologia incide sobre elas.

Por esses motivos, minha posição acerca da proposta de um Marco Civil para a Internet sempre se mostrou um tanto quanto ambígua: embora reconheça que alguns aspectos das relações *online* mereçam regulação específica, porque se constituem em situações jurídicas verdadeiramente novas, a pretensão de normatizar, em uma espécie de "codificação", todas relações humanas decorrentes dos fatos praticados *online* soa como algo por demais ambicioso, além de potencialmente fadado ao risco de se invadir temas jurídicos mais amplos e com eles se chocar. Além disso, tal iniciativa gera dilemas também políticos: por que relações intermediadas por computador devem ser reguladas em apartado, quando situações essencialmente idênticas àquelas, mas praticadas *offline*, também existem e já se encontram de algum modo normatizadas? Ou nem foram normatizadas? Temas como a liberdade de expressão ou a privacidade, por exemplo, podem ter sido lançados à ribalta em razão do impacto que a Internet trouxe sobre essas matérias, mas pensar em dispor legislativamente sobre elas sem incluir situações da vida que aconteçam *offline* parece ser uma proposta insuficiente para a proteção desses importantes valores humanos e democráticos.

1.4. O fato informático

Como comentado acima, a compreensão do *fato informático* é um dado essencial para o estudo do direito aplicado às novas tecnologias. Seja para propor a criação

de novas normas jurídicas, seja para, diretamente ou por analogia, aplicar as já existentes, o ponto de partida do estudo do Direito da Informática é o *fato informático*. Considera-se como tal o fato que se realiza com a utilização de sistemas informáticos. O fato informático é essencialmente um fato traduzido e intermediado pelo computador. As atitudes humanas são convertidas pela máquina em sequências numéricas e assim processadas ou registradas em suas entranhas. Ao digitar palavras, ou executar um clique com o mouse, o computador converte essas ações em sequências numéricas que as representam. Por sua vez, qualquer conhecimento posterior que se tente obter acerca desses mesmos fatos é também resultado de uma *tradução*, desta vez reversa, de números registrados pela máquina para alguma forma de comunicação captável pelos sentidos humanos (imagens produzidas no monitor, sons executados nos alto-falantes, impressões feitas em papel).

Diante disso, pode ocorrer de o fato ser praticado de forma errônea, se o sistema informático o traduziu mal para a linguagem numérica; ou foi mal compreendido ou mal interpretado, se a tradução reversa também apresentou falhas, ou se seu intérprete não foi capaz de compreender a qualidade e o significado da informação que recebeu da máquina. E essas traduções, infelizmente, são potencialmente falíveis, porque pouca relação têm com a rigidez das ciências exatas: são, na verdade, resultado da programação desenvolvida por algum humano, ou podem ter sido afetadas por posteriores violações do sistema, estas também executadas por algum humano; ou, ainda, causados por acidentes que abalem o sistema informático.

Assim, o conhecimento preciso que se pode estabelecer sobre os fatos informáticos depende fortemente da compreensão dessas suas características, enquanto uma informação que não é diretamente captada pelos sentidos humanos, mas sim que é necessariamente intermediada por uma máquina, muito menos cartesiana do que se pode pensar que seja, uma vez que foi programada por alguém, a quem obedece cegamente (ou pode ter sido violada por outro alguém).

É, enfim, necessário compreender minimamente o fato que se quer regular, sobre o qual se quer contratar, ou que será objeto de decisão ou execução, qualquer que fosse esse fato. Se é um fato informático, compreendê-lo exige certa dose de entendimento sobre a tecnologia empregada para representar, transmitir e recuperar a vontade e as ações humanas.

2. As pretensões de se regulamentar “a Internet” e “a Informática” e suas dificuldades

2.1. Sobre regular “a Internet”

A informática em geral e a Internet em particular propiciaram o surgimento de novos fatos da vida. E onde há fatos sociais há conflitos que, por sua vez, estimulam nas sociedades a necessidade de criação de meios para solucioná-los, entre eles, pela aplicação do Direito. Observou-se no Brasil, e também fora dele, uma, de certo modo saudável, profusão de estudos focados em regular “a Internet”. Sob um olhar crítico, sabendo-se que o Direito não é neutro, é possível identificar nessas iniciativas tanto a boa vontade daqueles que verdadeiramente desejavam estabelecer justas soluções legislativas para os novos conflitos trazidos pela tecnologia, como também um certo viés orwelliano que, escorado em preocupações legítimas ou de apelo popular, buscavam apenas resistir aos ventos libertários, democratizantes e de certo modo destruidores da ordem estabelecida – aquela *destruição criativa* – que a Internet também propicia. E há, por parte do poder político, aqui e alhures, um temor – concreto e real, sem dúvida – sobre o impacto que uma rede livre e aberta pode produzir sobre pequenos feudos de poder que ainda subsistem em pleno Século XXI. O direito, por exemplo, à liberdade de expressão, conjugado com o estabelecimento de canais acessíveis para que essa liberdade seja praticada, a muitos assusta.

Deixando de lado, por um momento, qualquer discussão de cunho político-valorativo sobre essas propostas legislativas e seus respectivos conteúdos, importa deixar claro desde estas primeiras linhas que sempre manifestei minha profunda discordância, agora sob o prisma puramente técnico-jurídico, de se pretender regular “a Internet”, ou mesmo “a informática”. E tal objeção parte da observação de que, ao pensarmos na Internet (ou na informática em geral), estamos falando de meros *instrumentos.* O Direito não regula senão relações *entre sujeitos*. Não regula pedras, não regula machados, não lhe cabe, portanto, regular “a Internet”. Isso não significa dizer que relações jurídicas realizadas por meio da Internet não possam ser reguladas. São coisas diferentes. A questão fundamental é: de que relações jurídicas, de quais naturezas, entre quais sujeitos, estamos falando? É possível abarcar tudo isso sob um manto único – “a Internet”, ou “a Informática” – e tentar criar leis gerais sobre tudo e mais um pouco, somente pelo fato de que computadores, conectados ou não à Rede,

foram utilizados?

Muitas relações jurídicas estabelecidas por canais informáticos já eram reguladas pelo Direito e as regras jurídicas anteriores, ainda que de modo imperfeito ou incompleto (mas é sempre lícito indagar: quando e onde se construiu um Direito perfeito e completo?), bem podem reger as novas variantes desses fatos, mesmo quando intermediados por um computador. Noutras palavras, uma compra e venda é sempre, em sua essência, uma compra e venda, não importa se consumado o contrato de forma oral, por contratantes que se posicionem frente a frente, se por carta, se por telefone, ou pela Internet. Estatisticamente poucos foram os fatos e relações efetivamente novas, derivados do uso das redes de computadores, que verdadeiramente precisariam de uma norma jurídica inteiramente original, porque nenhuma regra existente seria diretamente aplicável ao caso concreto.

As relações entre Direito e Tecnologia da Informação encontram-se ainda na sua infância e suscitam inúmeras questões decorrentes dessa sua falta de suficiente maturidade. Além disso, talvez como uma consequência da velocidade do mundo moderno, observamos uma certa inversão da cronologia que se costumava seguir quando da elaboração de leis. O fato sempre antecedeu a norma. É porque tal fato passou a ocorrer, numa sociedade, que o poder político se pôs em seguida a regulá-lo, ou proibi-lo, em lei. Estamos observando nestes nossos dias um certo açodamento do legislador, em si pernicioso, de tentar regular o fato antes mesmo que ele aconteça. A título de exemplo, nem bem havíamos começado a usar documentos eletrônicos e assinaturas digitais e o poder político já se apressou em editar uma Medida Provisória,[8] que, a bem da verdade, burocratizou e consequentemente atrasou por quase uma década o uso de assinaturas digitais em nosso país, tanto na esfera pública como privada. Mal a Internet nasceu e tenta-se “regular” fatos cujos precisos contornos e consequências ainda não foram suficientemente vividos e experimentados.

Essa crítica é especialmente pertinente naquelas situações em que a tecnologia é tratada na lei como *meio* e não como *fim*.

Neste segundo aspecto – regular a tecnologia em si, como se fez em leis como a de reserva de mercado de informática,[9] ou as que regularam direitos e formas de contratação em torno do software[10] – embora estejam envolvidas todas as

naturais necessidades e dificuldades para a elaboração de uma boa lei, que encontre o ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito, a tarefa legislativa nem de longe se mostra tão complexa como regular o impacto da tecnologia que é utilizada como *meio* de estabelecer *outras relações jurídicas*, algumas antigas como a civilização, outras surgidas na moderna sociedade de informação.

A tecnologia da informação proporcionou novas formas para o estabelecimento de relações humanas de um modo que nenhum outro canal de comunicação logrou atingir anteriormente. Tanto é assim que se fala na existência de um *ciberespaço*, conceito que, com uma certa dose de exagero, pode levar à conclusão de que existam mundos paralelos...

Como, entretanto, a Internet não é outra coisa que não um aspecto integrante de nossa realidade, minha orientação sempre apontou para a desnecessidade de uma extensa regulação de cada um de seus possíveis desdobramentos, eis que muito do que se faz *online* não é essencialmente diferente do que se faz *offline*. Situações pontuais, entretanto, podem merecer alguma nova disposição normativa, quando se mostrem realmente novas e diferentes das que a legislação, baseada em um contexto anterior, pudesse prever.

Essas questões refletem diretamente na lei ora analisada. A pretexto de ser uma lei civil para regular "a Internet", o que se observa é que o Marco Civil acaba enveredando para temas que não se restringem à Rede, como a liberdade de expressão ou a privacidade. Se as novas tecnologias deram maior poder àqueles que desejam se expressar, ou criou novas ameaças à privacidade individual, nem por isso esses temas mereçam tratamento assim isolado, numa lei sobre "a Internet". Sob uma ótica essencialmente técnica, não há porque distinguir a liberdade de expressão exercida dentro ou fora de sistemas informáticos. E aqui já é possível adiantar parcialmente uma das críticas que serão feitas adiante ao Marco Civil da Internet: é uma lei bastante prolixa, mas que acaba tratando com certa superficialidade temas politicamente relevantes que não se resumem ao ambiente de Internet. Esta é, evidentemente, uma crítica de cunho técnico-jurídico. Não desconheço as dificuldades políticas para a formação de consensos que levem à criação de leis, ou mesmo os apelos midiáticos e conjunturais que criam no legislador estímulos momentâneos para tratar de temas que "estão na moda". Certamente seria mais difícil a aprovação de leis mais gerais a tratar especificamente da privacidade, ou da liberdade de expressão, de modo que a oportunidade de inserir tais temas numa lei sobre "a Internet" pode ter sido um

ganho político para quem, como este autor, defende ambas as bandeiras. Mas, numa análise teórica da lei, isso não retira a pertinência das críticas aqui apresentadas ao seu texto e à sua estrutura.

2.2. Os antecedentes do Marco Civil e a sua criação

Após pouco mais de dois anos e meio de tramitação do Projeto de Lei nº 2.126/2011 na Câmara dos Deputados, e uma passagem meteórica pelo Senado Federal, o Brasil aprovou a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que, segundo sua ementa oficial "*estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*".

Apesar de rápidos trâmite e aprovação no Senado, sem qualquer discussão, aceitando-se em sua integralidade o texto vindo da Câmara, o Marco Civil ainda merece figurar entre as disposições normativas sobre tecnologia que foram mais amplamente debatidas em nosso país, antes de se tornarem leis.

Uma das primeiras propostas legislativas para regular, não a própria tecnologia, mas as suas repercussões nos demais aspectos da vida social, econômica e jurídica, foi o Projeto de Lei da Câmara nº 1.589/99, derivado de proposta elaborada pela Comissão de Informática da OAB-SP,[11] projeto esse com que tive a oportunidade de colaborar. Voltado para as relações privadas, o projeto preocupava-se em estabelecer algumas poucas regras sobre o nascente comércio eletrônico, sem travá-lo com amarras burocráticas que o inviabilizassem, bem como o uso do documento eletrônico como prova, igualmente nas relações privadas, adaptando-se-lhe as então vigentes disposições sobre a prova documental. Tratou-se de projeto que foi razoavelmente discutido à época, tanto na Câmara dos Deputados quanto pela sociedade, mesmo considerando o quanto tais questões eram então invisíveis para a maioria dos estudiosos do Direito, ou pela sociedade civil em geral. Infelizmente, esse projeto jamais foi sequer votado; oficialmente, ainda está em trâmite. Em 2001, o Executivo Federal atropelou a discussão apresentando uma burocratizante Medida Provisória, a de nº 2.200, que instituiu a chamada ICP-Brasil. Governos e legislaturas posteriores não demonstraram qualquer interesse em retomar a discussão sobre o tema, de modo que, aproveitando-se das disposições da EC nº 32,[12] esta Medida Provisória tornou-se um zumbi legislativo que praticamente assumiu o caráter normativo de uma lei em sentido estrito, sem o ser. E setores da Administração,

mesmo sem lei que o autorizasse, impuseram o uso da ICP-Brasil, instituída naquele diploma, como que tentando criar um fato consumado e de difícil reversibilidade.

Outro projeto de lei voltado a regular a tecnologia como meio, e que foi objeto de razoável discussão, foi o que resultou na Lei nº 11.419/2006. Tratou-se de norma de amplitude mais restrita, quando se pensa nas múltiplas relações entre o Direito e as novas tecnologias, eis que voltada a reger apenas a informatização processual. Neste caso, o projeto que resultou na lei teve trâmite aceleradíssimo na sua Casa de origem, a Câmara dos Deputados, vindo a ser mais amplamente discutido, pelos legisladores e pela comunidade jurídica em geral, somente quando de sua passagem, mais dilatada, pelo Senado. Ainda assim, seu resultado foi frustrante. A lei regula pouco o que demandaria atenção legislativa, e se perde em disposições inócuas ou redundantes.[13]

Mais recentemente, sem nenhuma discussão mais ampla, aprovou-se a Lei nº 12.682/2012, tendente a regular o uso de cópias digitalizadas de documentos. O texto beira a inutilidade, isto graças a ter sido salvo pelos vetos presidenciais, que evitaram se tornasse uma monstruosidade.[14]

A proposta de criação de novos tipos penais, para os chamados crimes informáticos, também gerou razoável discussão, resultando por fim na Lei nº 12.737/2012. Neste caso, um projeto enorme e bastante polêmico foi reduzido a um diploma final muitíssimo mais enxuto, que se resumiu a acrescentar dois novos artigos no Código Penal e a modificar parcialmente outros dois, mesmo assim resultando em disposições confusas e, em parte, inoportunas.

Como dito, pois, uma parcela desses resultados frustrantes pode ser atribuída à dificuldade em se legislar sobre temas tão novos e ao mesmo tempo tão impactantes na sociedade, diante da ainda imatura construção das relações entre o Direito e a Tecnologia da Informação. Ou, ainda, à insuficiente compreensão dos fatos, quando esses são de algum modo intermediados por sistemas informáticos.

Nesse sentido, o novo Marco Civil da Internet não escapa das mesmas críticas, ao mesmo tempo em que pode ao menos contar com os mesmos argumentos servem para justificar o porquê dos seus deslizes.

A forma como o projeto foi originalmente debatido, ainda antes de sua proposição, merece certo destaque, pela pouca frequência com que se vê tais iniciativas do Poder Público e disposição da sociedade organizada em participar da discussão.[15] Durante o trâmite na Câmara, pode-se dizer que realizou-se o aprofundamento possível para dois anos e meio de debates. Mas, se há alguma razão para termos duas casas legislativas em funcionamento, é de se supor que uma delas atue efetivamente como órgão revisor e se disponha, obviamente, a retomar as discussões e tentar aprimorar a redação final do que é produzido pela casa de origem.

No caso do Marco Civil, tomando a velha expressão popular "*para inglês ver*" em sua mais induvidosa literalidade, o Senado recebeu e aprovou o projeto que vinha da Câmara em uma só tacada, tudo a permitir que a Presidência da República pudesse sancionar a nova Lei durante a apresentação do congresso internacional – NET Mundial – que se realizava em *terra brasilis* naquela semana e contava com a presença de alguns dos maiores gurus da Internet mundial. Em apenas um mês, contado da aprovação na Câmara, o texto passou pelo Senado, sendo ali votado e aprovado sem qualquer modificação, e foi prontamente sancionado e publicado como Lei.

Outro fator bizarro também acelerou o trâmite do projeto de lei, enquanto este ainda se encontrava na Câmara dos Deputados. A Presidência da República solicitou a aplicação de regime de urgência constitucional para apreciação do projeto, motivada pelas revelações trazidas à luz por Edward Snowden acerca das atividades de espionagem da *National Security Agency* – NSA. Divulgou-se que a própria Presidência da República de nosso país teria sido foco de espionagens mediante interceptação de suas comunicações telefônicas e eletrônicas, e a indignação que isso causou em nossa então governante resultou na aplicação do regime de urgência ao projeto de lei sobre o Marco Civil. O curioso desse episódio é que uma lei nacional parece ser algo absolutamente inócuo para impedir uma agência estrangeira de espionagem de... espionar! Embora protestos diplomáticos possam ser legitimamente apresentados pelas vias cabíveis, sua duvidosa eficácia recomenda que a proteção de segredos de Estado deva ser antes de tudo assegurada por contramedidas de segurança, especialmente voltadas à proteção das comunicações dos agentes públicos. Por exemplo, com o uso de criptografia!

Mesmo assim, diante dos antecedentes que temos nessa área, pode-se, com alguma reserva, dirigir aplausos à promulgação desse Marco Civil. É ele a lei mais ampla que nosso país produziu sobre as relações sociais nascidas de fatos informáticos; ao mesmo tempo, apesar de sua infeliz passagem pelo Senado, como acima narrado, pode-se dizer que foi fruto de um nível de discussão acima da média, em comparação com outros diplomas legislativos de nosso país que versam sobre a tecnologia.

Se, porém, são pensados os muitos novos aspectos da vida moderna que efetivamente carecem de melhor regulação, o Marco Civil é mais uma lei frustrante, que, prolixa, fala muito, regula pouco e deixa em aberto um significativo número de interrogações.

3. Sobre o desenvolvimento deste estudo

De uma maneira informal, e sem pretender dar a essas proporções qualquer pretensão de cientificidade, tenho dito que as normas do Marco Civil se agrupam da seguinte maneira: uns 40% do seu texto contêm meras platitudes ou redundâncias que dificilmente produzirão consequências normativas concretas, ou simplesmente remetem a solução dos problemas concretos para outro diploma legal, presente ou futuro; outros 20% do texto estão fortemente imbuídos de um ideal garantista em defesa de liberdades (e é esta a porção da lei que me parece merecedora de algum aplauso e justifica a sua existência!); uma outra proporção de 20%, ao contrário, abarca disposições cujas regulação ou interpretação posteriores podem gerar indesejáveis resultados centralistas, autocratas e burocratizantes; e os 20% restantes são formados por frases cujo sentido oscila entre o duvidoso e o incompreensível...

Que essa crítica, certamente um tanto áspera, não seja compreendida como uma oposição frontal ao Marco Civil. Trata-se, a meu ver, de uma lei razoavelmente oportuna, mas essa minha opinião deriva tão somente daqueles aproximados 20% do texto que efetivamente representam um marco civil definidor das liberdades no ambiente de Internet. Mais especificamente, refiro-me aos pontos da lei que tratam da neutralidade da rede, dos limites da responsabilidade dos provedores, da defesa da liberdade de expressão e do necessário controle jurisdicional. Se esta é a lei que temos, e o leitor me perguntasse se prefiro tê-la ou não tê-la, ficaria sem dúvida com a primeira opção. Isso, no entanto, não é impedimento a que se critique o seu texto, especialmente por ser excessivamente

prolixo, o que não apenas atenta contra a boa técnica legislativa e a uma visão mais científica do Direito, como ainda pode, como toda lei que contenha palavras dispensáveis ou confusas, produzir dificuldades interpretativas. Com algo em torno de um quinto do texto final teria sido possível alcançar os mesmos resultados positivos, e ainda ficaríamos imunes às surpresas que podem advir das palavras mal ajambradas da lei, pois textos ambíguos, confusos e sem nexo sempre podem encontrar quem os interprete com os critérios mais imaginativos, inusitados e, principalmente, contrários ao espírito da lei!

Preferi, como método de desenvolvimento desta obra, ao invés de comentar artigo por artigo da lei, organizar seus grandes temas em capítulos, o que permite melhor organização e aprofundamento teórico. Ademais, não é meu objetivo apresentar um comentário a cada dispositivo do texto, mas sim dar foco aos aspectos fundamentais do Marco Civil, o que se reflete no título adotado para este trabalho.

Assim, após uma breve apresentação de alguns aspectos tecnológicos relevantes para a compreensão da Internet (Capítulo I), segue-se um capítulo com aspectos gerais, que se propõe a apresentar o Marco Civil e a tratar de questões relativas à sua incidência e à sua aplicação no território (Capítulo II); em seguida, este trabalho prossegue com o exame dos princípios gerais inscritos na nova lei (Capítulo III), com especial destaque para o princípio da neutralidade da rede, que será objeto de capítulo específico (Capítulo IV); seguem-se capítulos acerca da proteção à privacidade (Capítulo V), dos deveres e responsabilidades que o Marco Civil atribui às empresas que operam na rede (Capítulo VI) e, por fim, à liberdade de expressão (Capítulo VII).

Capítulo I - Um pouco de informação sobre a Internet

1. A arquitetura da Internet e sua interoperabilidade

Assim como todos bem devem saber o que é a Internet, já deve ser bastante conhecida a sua origem militar. Como dito nas linhas introdutórias, não é objetivo deste trabalho, por desnecessário, apresentar a Internet ao leitor, nem tão pouco recontar a sua tão repetida história. Mas há um pequeno detalhe na sua origem que muito ajuda para compreendê-la e que merece, pois, umas breves linhas neste livro.

Criada nos Estados Unidos durante a guerra fria, a Internet nasceu com uma arquitetura descentralizada e em formato de *rede*. O objetivo disso era assegurar a continuidade de seu funcionamento, ainda que parte do país e de sua infraestrutura simplesmente desaparecesse do mapa como resultado de um ataque nuclear soviético. Assim, não há um centro único de operação ou comando. Todos os pontos podem se conectar com os demais pontos. Enquanto houver dois pontos operantes e um canal de comunicação entre eles, a rede funcionará. Não há uma via única de comunicação, mas uma verdadeira malha de conexões, o que justifica a utilização da palavra “rede” para designá-la. Pode-se comparar essas conexões às muitas ruas de uma cidade, de modo que não há um único caminho a ligar duas residências, situadas em dois endereços quaisquer. Se uma rua estiver em obras – ou, no cenário da guerra fria, for destruída – é possível transitar por outra rua paralela, ou outra, ou ainda outra que dê voltas mais longas mas permita atingir o destino desejado.

É por essas razões práticas que, à parte quaisquer considerações de ordem política ou jurídica sobre o acerto ou desacerto dessas decisões, as tentativas judiciais de bloquear sítios ou serviços inteiros, ou mesmo informações individuais publicadas na Internet são tão pouco efetivas, isso quando algumas dessas decisões não soam bizarras aos olhos da sociedade em geral. Que me perdoem os juízes pela aparente acidez de minhas palavras, mas é necessário apontar que suas decisões não podem terminantemente impedir o funcionamento de algo que foi projetado para resistir – ou ao menos tentar resistir, já que felizmente não tivemos a experiência empírica dessa sua higidez – a uma guerra termonuclear total.

Some-se a isso as características típicas da informação digital, sua fácil e quase instantânea replicação em infinitas cópias, a velocidade de sua transmissão, os infindáveis meios de armazená-la e, portanto, perpetuá-la, e temos um cenário amplamente libertário e resiliente a controles de todas as ordens. Goste-se ou não dessa visão política de mundo, esse é um dado da realidade, porporcionado pelas tecnologias digitais.

E, assim, esse meio de comunicação que é a Internet, aliada ao poder de processamento dos computadores modernos, simulou a criação de um espaço público de convivência, de lazer, de debate político, de compras ou negócios, de relação entre o Estado e o cidadão, de estudo ou de trabalho. E basta o acesso a qualquer um dos "nós" da rede, para que seja possível estabelecer contato com todos os serviços e informações disponibilizados em qualquer dos outros "nós". Interrompido um fio da rede, isto é, uma conexão, sempre é possível chegar de um "nó" a outro por caminhos alternativos.

Uma outra característica marcante no ambiente da Internet é a sua interoperabilidade: a possibilidade de conexão por diferentes tipos de aparelhos, dotados de diferentes tipos de sistemas. Os padrões de comunicação da Internet são públicos; daí, basta que um dado sistema informático opere com tais protocolos de comunicação para que a conexão entre ele e o restante da rede seja possibilitada. Não é necessário que usemos aparelhos idênticos ou semelhantes, como era o caso, por exemplo, daqueles rádios intercomunicadores conhecidos como *walkie-talkie*, que só realizavam a transmissão de voz entre aparelhos compatíveis uns com os outros. Nem é necessário que sejam utilizados sistemas idênticos, ou os mesmos softwares de comunicação. É por essa razão que praticamente qualquer tipo de aparelho dotado de um processador eletrônico é capaz de estabelecer contato com a Rede, de computadores a celulares, de videogames a leitores de livros digitais, televisores, ou qualquer parafernália eletrônica que venha a ser inventada. E a chegada da chamada *Internet das Coisas* (ou IoT, do inglês *Internet of Things*) promete conectar tudo à rede: lustres, cafeteiras, geladeiras ou a porta da garagem.

Com isso, a Internet proporcionou uma forma razoavelmente barata de comunicação e, além de tudo, tornou-se ubíqua. Está teoricamente acessível a partir de qualquer lugar do globo terrestre... ou até mesmo fora dele.[16]

2. Internet Protocol – IP

A comunicação entre computadores exige, em primeiro lugar, um conjunto de equipamentos de transmissão de sinais, por meio dos quais sinais elétricos, eletromagnéticos, óticos, ou o que mais inventarem, possam servir para transmitir a informação. Uma vez existente esse elo físico entre as máquinas, o fluxo de dados de uma a outra depende da existência de protocolos de comunicação, isto é, convenções técnicas que, a grosso modo, podem ser comparadas à linguagem humana. Se para duas pessoas se entenderem ao telefone é necessário que falem um mesmo idioma, que compartilhem um mesmo conjunto de signos, o mesmo deve ocorrer entre computadores conectados a uma rede.

O padrão ainda predominantemente em uso na Internet é conhecido como TCP/IP (*Transfer Control Protocol/Internet Procotol*), em sua versão número 4, desenvolvida em 1978, isso ao menos enquanto se aguarda a maior utilização da sua versão de número 6. Em poucas palavras, tais protocolos permitem o tráfego de informações entre dois computadores, por meio do envio de pequenos "pacotes" de dados que trafegam por uma malha de conexões até chegar a seu destino.[17]

Para tanto, cada computador recebe um número identificador, um verdadeiro *endereço* que permite localizá-lo entre os muitos aparelhos conectados à rede. Ao ser transmitida, a informação é dividida em pequenos pedaços, formando os chamados "pacotes" de dados. Cada pacote de dados que um computador envia a outro contém a indicação do endereço do computador de destino, possibilitando que seja direcionado até ele pelos diversos dispositivos interconectados que se encontram no meio do caminho, pelos muitos caminhos possíveis, entre esses dois pontos em que se estabelece a comunicação. Os vários pacotes de uma mesma informação podem tomar caminhos diferentes até o seu destino. Lá chegando todos os pacotes, a informação é finalmente reconstruída no computador que a recebeu.

Segundo a padronização estabelecida pela versão 4 do protocolo TCP/IP, ainda em largo uso, os números de identificação dos computadores ligados em rede são formados por 4 *bytes*. Como costumam ser representados em números decimais, o número IP consiste em quatro blocos de números entre 0 e 255 (o mesmo

intervalo numérico em escala decimal compreendido por um *byte*), o que produz mais de quatro bilhões de possíveis endereços, variando entre 0.0.0.0 e 255.255.255.255, embora nem todos eles estejam disponíveis para uso na Internet, de acordo com a padronização adotada. Como essa quantidade de quatro bilhões de endereços, embora expressiva, já está saturada pelas possíveis ligações à Internet que estão atualmente disponíveis, observa-se no momento a gradativa migração para a versão 6 do protocolo IP, conhecida pela sigla IPv6.[18] Nesta nova configuração, cada endereço de rede é representado por um número de não apenas 4, mas 16 *bytes*, o que resulta no muitíssimo expressivo e impressionante número de 340.282.366.920.938.463.463.374.607.431.768.211.456 endereços possíveis, o que deverá ser bastante para atribuir não apenas muitos endereços para cada habitante do planeta, mas também a disseminação da chamada Internet das Coisas.

Qualquer aparelho que trabalhe com o protocolo TCP/IP pode estabelecer contato com a Internet. Uma vez conectado por algum canal físico e utilizando esse protocolo, receberá um número IP – o seu endereço nessa rede – que lhe permitirá receber e enviar informações, estabelecendo contato com os demais computadores conectados à Internet. Quando, por exemplo, o internauta "navega" pela *World Wide Web*, o computador em que estão as informações desejadas recebe um pedido, que é respondido com o envio dos dados para o endereço IP do computador do solicitante. E, assim, a comunicação se estabelece: pacotes são direcionados ao endereço IP do computador desse usuário e a informação lhe é exibida.

Para melhor compreender o tráfego da Internet, talvez seja interessante compará-lo com um fato já secularmente conhecido e, de certo modo, intuitivamente compreendido pela população em geral: as transmissões de rádio e TV. Por estas, ondas eletromagnéticas são simplesmente difundidas *no ar*, contendo a informação codificada, de modo que qualquer aparelho receptor apropriado, que capte e decodifique essas ondas, será capaz de receber a informação transmitida. A Internet, parece-me, deixa essa mesma sensação nos usuários: a de que estão captando a informação difundidas aos ventos, como se fazia com os seus televisores. Mas não é assim. Para, por exemplo, assistir a um vídeo disponível em algum endereço da *web*, o usuário – seu sistema informático, claro – envia uma solicitação da informação ao serviço que a disponibiliza. Isto é, um pacote

de dados vai do computador do usuário ao sistema que hospeda o serviço que ele quer acessar, como que dizendo: “ei, você, me envie esta informação tal que está ai”. Para que a informação lhe seja enviada, o usuário precisa, é claro, indicar na solicitação qual é o seu próprio endereço IP. E, assim, recebida a solicitação, o serviço acessado providencia a remessa de pacotes de dados para o endereço do solicitante, cada pacote contendo um pedaço pequeno da informação pedida, e, tal como uma frota de pequenos caminhõezinhos, leva-a a seu destino pelas múltiplas conexões que compõem a Internet.

3. Domain Name Server – DNS

O DNS não é um protocolo de comunicação, mas sim uma forma de tornar mais simples o uso dos endereços IP. Como endereços indicados por quatro grupos de algarismos não são nada práticos para que humanos interajam com a grande rede, e menos ainda o são os longos números do IPv6, atualmente em fase de implantação, desenvolveu-se uma espécie de tradução desses números para denominações textuais, que são mais fáceis de usar e memorizar. Tal tradução é feita por um serviço conhecido como DNS (Domain Name Server, ou servidor de nomes de domínio).[19]

Para a execução de tal tarefa, uma grande base de dados, distribuída por inúmeros computadores espalhados pelo mundo, relaciona expressões alfanuméricas – o chamado “nome de domínio” – a um determinado endereço numérico. Assim, ao ser solicitada uma conexão com o sítio *web* do Supremo Tribunal Federal (cujo endereço é www.stf.jus.br), os servidores DNS identificam que se quer acessar o endereço IP 201.49.144.135, que, ao menos enquanto foram finalizadas essas linhas,[20] correspondia ao endereço numérico atribuído ao servidor *web* de nossa Corte Suprema.

Importa notar, então, que uma vez que esses endereços textuais são meramente *traduzidos* para os endereços numéricos, a segurança da conexão depende da idoneidade da informação contida nos bancos de dados do servidor DNS, de modo que seja feito o direcionamento para o ponto correto da rede e não para outro endereço qualquer. Entretanto, ao tempo em que foi desenvolvido o protocolo DNS, não se teve tantas preocupações com sua segurança. O fato é que um ataque a um servidor DNS pode redirecionar os nomes de domínio para endereços numéricos outros, que não o verdadeiro ponto que se quer acessar, ou

simplesmente impedir as conexões entre os diversos computadores ligados à Internet, que deixam de ser localizados pelos seus nomes textuais.[21]

4. Hypertext Transfer Protocol – HTTP

Ao protocolo HTTP pode ser atribuída a grande popularização da Internet e a forma como preponderantemente é utilizada nos dias de hoje. Trata-se de um protocolo de comunicação desenvolvido pelo físico inglês Tim Berners-Lee, baseado no conceito de *hipertexto*, também por ele proposto nos anos 80. Com o estabelecimento de elos de ligação, os chamados *hyperlinks*, entre as diversas páginas textuais hospedadas no mesmo ou em outros computadores ligados à rede, o protocolo HTTP levou ao surgimento da *World Wide Web* (WWW), um ambiente de fácil utilização pelo usuário leigo em computação e que experimentou notável expansão ao longo dessas duas últimas décadas. Como Tim Berners-Lee voluntariamente optou por não patentear sua invenção, seu uso se disseminou como um padrão público de comunicação, transformando a *World Wide Web* no principal ambiente de comunicação da Internet.[22]

Outra contribuição de Tim Berners-Lee foi o formato HTML (Hypertext Markup Language), uma espécie de "linguagem" para o formato de arquivos textuais, contendo uma codificação não visualizável que dá formato às páginas e permite criar os *hyperlinks* para outras páginas disponíveis na rede. Documentos nesse formato são traduzidos por programas específicos, instalados nos computadores dos usuários, de modo a exibir os elementos gráficos de uma página situada na *World Wide Web*.

De páginas bastante espartanas, em seu início, a evolução da tecnologia e a maior velocidade das comunicações de dados propiciaram uma notável evolução da *World Wide Web*, que passa a ser usada como um ambiente para a transmissão de páginas de visual elaborado, com imagens, sons e vídeos, com bastante interatividade, ou para a conexão com diversos tipos de serviços, de vendas de bens a movimentações bancárias, de notícias a serviços públicos variados.

Ao par de ser deixada em domínio público, um grande trunfo da invenção de Tim Berners-Lee, que propiciou essa ampla disseminação, foi a sua padronização e capacidade de operar em diversos sistemas diferentes. E tal padronização procura ser mantida por entidade também fundada por ele, a *World*

Wide Web Consortium, conhecida pela sigla W3C.[23] A entidade, sem poder normativo, tão somente recomenda padrões de compatibilidade para a utilização da *World Wide Web*, com a finalidade de garantir a mais ampla acessibilidade das informações que trafegam nesse ambiente. Seguidos esses padrões, qualquer dispositivo eletrônico conectado à rede poderá acessar, sem erros ou falhas, as informações disponibilizadas nos sítios da *Web*.

5. Proxy

Finalizando este aborrecido capítulo sobre alguns poucos aspectos técnicos sobre *como* a Internet funciona, soa relevante apresentar ao leitor um tipo específico de *serviço* que computadores conectados à rede podem executar: o servidor *proxy.* Não é objetivo deste trabalho apresentar os muitos serviços que podem ser executados por computadores ligados em rede, e nem este autor seria a pessoa mais habilitada a fazê-lo, mas a compreensão de mais este aspecto técnico, em especial, deve servir para ilustrar um pouco mais as questões suscitadas no início deste capítulo.

No nosso idioma "juridiquês", o vocábulo inglês *proxy* designa um procurador ou representante. Na terminologia informática, não se distanciando muito dessa acepção da palavra, *proxy* é um computador que age como *intermediário*, uma vez que foi configurado para assim operar numa rede de computadores.[24]

E o que significa, em termos práticos, ser um intermediário em uma rede de computadores? Muitas são as utilidades dessa função, que em alguns casos é empregada por corporações para servir como medida de segurança, para filtrar o fluxo de dados entre uma rede interna e a Internet, evitando, por exemplo, que funcionários troquem suas produtivas horas de trabalho por um agradável bate-papo nas redes sociais. Mas há também *proxies* externos, abertos, disponíveis pela Internet afora, alguns deles proporcionados por movimentos civis de defesa da privacidade ou da liberdade de expressão. Criminosos também podem deixar *proxies* abertos disponíveis, com o intuito de capturar a informação que, desprotegida, por ali transitar, caso algum incauto resolva utilizar seus serviços...

Agindo como um intermediário, o *proxy* permite estabelecer, em uma rede aberta, uma triangulação no tráfego da informação, seja com o objetivo de anonimizar a navegação e ocultar o usuário final que acessa determinadas

informações, seja para contornar barreiras que se coloquem diretamente entre dois pontos.

Assim, por exemplo, se o usuário, em seu computador A, quiser acessar informações no servidor B, disponível na Internet, o computador A normalmente enviaria uma requisição dessa informação a B, que, por sua vez, saberá o endereço da máquina que a solicita, pois, afinal, ele precisa conhecer o endereço IP de A para que os pacotes de informação lhe sejam direcionados. E, normalmente, o servidor B irá registrar isso em algum *log* de acesso.[25] Não fosse assim, o computador A não receberia nenhum pacote de volta e o seu usuário não obteria a informação solicitada.

Mas se o usuário configurar o seu computador A para usar o *proxy* aberto C, a informação irá trafegar de um modo diferente. O computador A pedirá ao *proxy* C as informações de B. Então, será C que fará uma solicitação ao servidor B e o endereço IP de C é que ficará no *log* de acesso registrado por B. Recebida a informação de B, o *proxy* C a remete para A. A princípio, portanto, B não sabe, e não registrará, que o destinatário final da informação foi o computador A.

Pense-se, por outro lado, que alguma forma de bloqueio lógico foi imposto entre A e B. Por exemplo, a empresa de comunicação D, que fornece a A o seu acesso à Internet, bloqueou a passagem de pacotes direcionados a ou enviados por B. Portanto, se A enviar um pacote destinado a B, o provedor D vai identificar o IP de B nesse pacote, bloqueando-o e impedindo, com isso, que A estabeleça uma conexão direta com B. Mas se A utilizar o *proxy* C, os dados que trafegam por D não conterão a notícia de que vão e vêm de B, pois nominalmente eles estabelecem contato direto com C. Mais uma vez, A solicitou dados ao *proxy* C (que não foi bloqueado por D), e este requisitou a B a informação desejada, redirecionando-a para A. Ao redirecionar os pacotes para A, o remetente deles passa a ser C, e não B, escapando de possíveis filtros impostos por D. Em resumo, mediante essa triangulação intermediada pelo *proxy*, A conseguirá acessar plenamente as informações do servidor B, não obstante o bloqueio feito pelo provedor D.

Enfim, redes digitais de computadores são canais de comunicação muitíssimo flexíveis!

Capítulo II - Aspectos gerais

1. O que é o Marco Civil da Internet?

1.1. Natureza da norma.

Durante o trâmite do projeto, e logo após a sua aprovação e publicação como Lei, observou-se uma tentativa de apresentar o Marco Civil à sociedade como uma espécie de "Constituição" para a Internet. Trata-se de expressão inaceitável em uma obra jurídica sobre o tema.

O Marco Civil é apenas e tão somente mais uma lei ordinária federal. *Constituição*, como qualquer estudioso do Direito bem compreende, implica um significado incomparável ao de uma lei ordinária, ainda que esta tenha alguma pretensa intenção de estabelecer princípios basilares de alguma nova matéria. Uma constituição é hierarquicamente superior a uma lei ordinária e, em nosso país, depende de rigores maiores para sua modificação, como a exigência de um quorum qualificado na votação parlamentar; ou, ainda, sobre certos dispositivos constitucionais, conhecidos por *cláusulas pétreas*, sequer se admite alteração, nem mesmo por Emenda Constitucional.[26]

Uma lei ordinária, como é o caso do Marco Civil, além de não se sobrepor às disposições constitucionais, pode ser amplamente modificada ou revogada por outra lei qualquer, que nossos representantes decidam a qualquer tempo aprovar. Não há, portanto, qualquer possibilidade de compará-lo, mesmo que informalmente, a uma "Constituição da Internet" brasileira.

No máximo, seria possível compará-lo a um código de âmbito mais restrito, como são considerados o Código do Consumidor ou o Código de Propriedade Industrial, que também são leis ordinárias. Neste sentido, enquanto não revogadas por outra lei de mesma hierarquia, suas disposições podem servir de critério interpretativo para outros diplomas legislativos que rejam situações jurídicas análogas. Pode, então, ser considerado uma lei geral sobre relações estabelecidas por meio da Internet, guardadas as ressalvas feitas neste trabalho sobre a proposta de se regular "a Internet" num só diploma legal. Não está imune, portanto, à sua pronta revogação por outra lei geral de mesma hierarquia,

nem apta a impedir que leis especiais venham a dispor diferentemente sobre algumas das questões ora tratadas, derrogando o Marco Civil naquilo que trouxerem de especial.

1.2. Objetivos do Marco Civil

Desde o surgimento da Internet comercial e sua expansão na sociedade, a ponto de torná-la um fenômeno onipresente no cotidiano das pessoas, a discussão jurídica que se estabeleceu com maior força em nosso país a respeito dessa novidade tinha um foco preponderantemente penal. Os males que podem ser cometidos por intermédio de um computador mostraram-se fatos de maior repercussão social, especialmente quando alguma personalidade famosa se via vítima deles. Assim, no início, a criminalidade informática foi o que mais chamou a atenção da sociedade, dos noticiários jornalísticos e, consequentemente, dos estudiosos do Direito e dos legisladores.

Como contraponto, surgiu então a proposta de definir em lei os direitos decorrentes do uso da Internet, estabelecendo o que se pode ou não fazer no âmbito civil, antes de se tentar criminalizar condutas praticadas *online*. De certo modo, o projeto criando o Marco Civil, que agora se tornou lei, nasceu como um movimento antagônico ao projeto de crimes eletrônicos que já tramitava no Legislativo federal, e que acabou resultando na Lei nº 12.737/2012.[27]

Apesar de interessante a proposta, ela embute um desafio: qual seria precisamente o seu objeto de regulação e como diferenciá-lo do objeto a ser regulado em outras esferas, por outras leis?

A princípio, uma lei que se proponha a regular as relações estabelecidas por meio da Internet haveria de definir como campo de atuação os fatos da vida que têm existência apenas nesse ambiente, ou que apresentem diferenças suficientemente marcantes nesse ambiente em relação a situações análogas que também podem ocorrer *offline*. A Lei de fato encontrou e regulou alguns fatos sociais que são fruto exclusivo da Internet – como é o caso das disposições que estabelecem a neutralidade da rede ou a responsabilidade dos provedores de Internet – mas resvalou também, e pretendeu regular, situações jurídicas que não são uma exclusividade do ciberespaço – como a privacidade, a proteção a dados pessoais ou a liberdade de expressão – embora essas possam encontrar na rede uma larga amplitude de casos concretos e, consequentemente, obter maior

visibilidade midiática quando ligadas a fatos ocorridos *online*. Mas é difícil restringir tais situações apenas ao universo da Internet, no que o Marco Civil deixa uma sensação de incompletude, ou de um encaixe imperfeito, no trato dessas matérias.

2. Incidência

Feitas essas primeiras considerações críticas acerca de sua natureza, passemos a analisar qual é o objeto da nova Lei. Como em outras leis, que dedicam seu primeiro artigo a definir seu âmbito de incidência, dispõe o Marco Civil que:

> *Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.*

Assim, de um lado, a nova Lei se propõe a reger o *uso* da Internet no Brasil. Falar em "uso da Internet" parece ser muito menos do que a Lei se propõe a regular. Aparentemente, teve o legislador dificuldade em compreender a Internet não apenas como uma estrutura física e lógica – passível, portanto, de ser *usada* – mas como um ambiente de inter-relacionamento que ela proporciona, capaz de produzir atos e fatos jurídicos que podem atingir também quem não a utiliza, ou que pode causar repercussões em contextos diversos do mero uso de suas conexões.

Quando o Marco Civil estabelece disposições sobre conteúdo potencialmente danoso a terceiros, que tenha sido publicado *online*, como ocorre nos arts. 19 a 21, a lei está definindo não apenas o *uso* da Internet, mas direitos dos terceiros atingidos pelos dados que trafegam na Internet, que não são necessariamente *usuários* dessa rede.[28]

Pode-se afirmar, portanto, que o Marco Civil regula, sim, o *uso* da Internet, quando estabelece regras relativas à conexão, incidindo em uma relação jurídica entre o usuário e os sujeitos que lhe fornecem os *meios* de acesso, como ocorre especialmente nas disposições sobre a neutralidade da rede.[29] Noutros temas também tratados no seu texto, a Lei se propõe a regular atos e fatos praticados *online*. Este, aliás, haveria de ser o foco de leis específicas sobre as relações travadas por meio da Internet: atos e fatos praticados *online*, quando exclusivamente decorrentes da Rede, ou quando algumas de suas características

ou a forma de exercer direitos se mostrarem diversos de situações análogas que se desenrolam *offline*.

Por outro lado, ainda segundo o art. 1º, o Marco Civil também estabelece "*diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria"*. Assim, em norma que se propunha inicialmente a regular direitos *civis*, não deixou o legislador de carimbar nossas tradições estatistas e burocratizantes. Quanto a esse objeto da nova lei, encontram-se adiante, nos arts. 24 a 28, algumas disposições bastante generalizantes, de cuja aplicabilidade, efetividade ou utilidade práticas se pode seriamente duvidar.

3. Territorialidade

3.1. Considerações iniciais e a dificuldade do tema

Legislar e julgar são funções que o Estado exerce como decorrência de sua soberania. A soberania pode ser brevemente definida como um poder supremo, acima de qualquer outro, que se exerce dentro dos limites de um dado território. Entre os componentes que formam o Estado, tradicionalmente se encontra o território, consistente no espaço geográfico interno às suas fronteiras, que o separam dos demais Estados do globo. Cada Estado, pois, é soberano dentro dessas linhas que definem seu território.

Apesar dessas palavras iniciais, que aparentemente resolvem a questão dos limites territoriais da soberania estatal de uma forma esquemática e simplificada, problemas sobre a aplicação da lei no espaço sempre existiram. Definir qual lei se aplica a atos e fatos jurídicos que apresentem elementos de conexão vinculados a mais de um Estado é tema que atormenta o Direito muito antes do aparecimento da Internet. Como lembrado por João Fábio Azeredo:

> *O fenômeno em si não é novo. Desde os primórdios do Estado de Direito moderno se tem notícia de conflitos de jurisdição. A grande novidade está na frequência e intensidade destes conflitos diante do desenvolvimento da Internet. É essa frequência e intensidade que tornam a discussão dessa questão tão importante.*[30]

O que a Internet proporcionou, em verdade, foi a larga proliferação, de forma fácil e barata, de relações jurídicas capazes de manter elementos de conexão com

mais de uma soberania. Basta pensar que, nos anos 80, para explicar as regras de territorialidade e lugar do crime (arts. 5º e 6º do Código Penal), meus professores de direito penal precisavam se valer de exemplos um tanto quanto singulares, como o de um disparo de revólver feito de um lado da fronteira, que atingisse a vítima situada metros adiante, mas já no território do país vizinho. Contratos internacionais, então, naquela década não tão distante, tinham um certo ar esnobe, como tudo aquilo que só seria voltado para reger a atividade de alguns *big players* do mercado. Conquanto mais reduzidas em termos quantitativos, tais fatos jurídicos já eram capazes de suscitar dúvidas quanto ao direito aplicável e à jurisdição ao qual estaria submetido o julgamento dos possíveis conflitos deles nascidos.

Ao banalizar as relações jurídicas entre sujeitos situados em diferentes Estados, tornando tais laços parte da realidade cotidiana de qualquer um que a ela esteja conectado, a Internet pareceu romper fronteiras ou colocar em xeque a própria noção de soberania ou de seu componente territorial.

De algum modo, a noção de território como limite da soberania realmente comporta algum tempero. Parece possível desmaterializar, ou despregar de limites geográficos, a noção de *poder.* Nesse sentido, os limites da soberania de um Estado coincidem com o espectro de situações em que ele é capaz de impor, com efetividade, a sua vontade. Séculos atrás, isso só podia representar os fatos ocorridos em seu próprio território, onde, *manu militari*, o Estado teria condições de impor a lei e a ordem, assim como as originais definições de mar territorial correspondiam ao alcance, à época, do tiro de um canhão. Hoje, esses limites podem ser mais fluidos, tornando-se maiores ou menores de acordo com a capacidade concreta que um dado Estado tenha de impor sua vontade, valendo-se de seus braços não apenas militares, mas econômicos ou tecnológicos. Uma lei que, por exemplo, aplique sanções locais a empresas que praticaram atos ilícitos, ainda que no estrangeiro, será dotada de razoável efetividade enquanto tais sanções locais puderem ser de fato aplicadas.[31]

A posterior efetividade da lei, no entanto, não se confunde com o poder do Estado de promulgá-la. O juízo em torno da sua posterior efetividade, juntamente com considerações em torno do bom convívio entre as nações, são fatores que devem pesar na decisão de um Estado em criar ou não uma dada lei com possível interferência sobre situações também relacionadas com outros Estados. Em tese, um Estado isolado poderia criar leis sobre tudo e sobre todos,

e ainda definir sua jurisdição sobre os respectivos conflitos. Se e quando, no futuro, for possível impor praticamente as consequências da lei, ele então o fará... Não sendo essa uma postura muito eficiente, os Estados evitam se imiscuir em situações distantes de seus interesses e dos de seus nacionais, pois o contrário resulta em perda inútil de tempo e recursos, materiais e intelectuais, além de um evidente desprestígio político resultante da promulgação de leis inócuas.

A magnitude de situações transfronteiriças que o ciberespaço proporcionou suscitou, então, os seguintes dilemas: a) é possível legislar sobre os atos e fatos que ocorrem na Rede? b) é conveniente fazê-lo? c) qual a efetividade de tais disposições? d) ou, ainda, quais podem ser as consequências reflexas dessa normatização?

3.2. A territorialidade e o Marco Civil

Em sua letra fria, o texto do Marco Civil pode incidir sobre situações que, potencialmente, podem atingir sujeitos situados noutros países, apesar de ser insistentemente empregada a expressão "uso da Internet *no Brasil*" em seus quatro primeiros artigos, todos voltados a aspectos gerais da lei. Se tais disposições podem ou não ser efetivamente aplicadas mundo afora, remeto o leitor às proposições feitas no subtítulo anterior, questão essa que só poderá ser aferida e resolvida diante das peculiaridades do caso concreto. É insólito, de todo modo, que um país de pouca relevância nos cenários econômico e militar mundiais tente impor regras ao uso de Internet que possam repercutir além de seu próprio território ou órbita de poder.

Uma dessas regras com que nosso país tenta se empoderar é a constante do art. 8º, parágrafo único, inciso II. O artigo como um todo já é um aranzel de palavras mal ajambradas, mas, neste subtítulo, atenho-me somente à questão tratada, isto é, os aspectos ligados à aplicação da lei no espaço. O parágrafo em questão comina de nulidade as cláusulas contratuais que violem o texto, já em si incompreensível, do *caput*, "*tais como*" as duas situações previstas nos seus incisos, entre as quais a deste inciso II, que reza: "*em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil*". Do dispositivo todo, somente com muito esforço exegético será possível entender a que "contrato de adesão", ou sobre quais "serviços", o texto se refere. Sendo boa

prática interpretativa supor que o parágrafo se refira ao que consta da cabeça do artigo, a regra evidentemente não é geral para quaisquer contratos de adesão, não se aplicando, evidentemente, a contratos em geral, incluindo o comércio eletrônico, realizados pela Internet. Mas a dúvida crucial é: o *caput* do art. 8º ao afirmar de modo atabalhoado que *"a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet"*, está a regular quais tipos de relações e, principalmente, entre quais sujeitos?

A melhor aproximação que esse confuso texto do art. 8º permite concluir é que o dispositivo como um todo se refere às relações entre o usuário e o provedor de acesso à Internet. Como esse acesso exige um canal físico de transmissão de sinais – ondas eletromagnéticas ou cabeamento elétrico ou ótico, segundo as tecnologias dominantes – e esse é um fato que se dá naturalmente dentro das fronteiras territoriais do país, já não haveria dificuldade em compreender que tais relações encontram-se sujeitas à jurisdição nacional por força do art. 21, incisos II e III do CPC, e muito provavelmente também em razão de seu inciso I,[32] eis que, ao que tudo indica, os provedores de acesso que prestam tais serviços no país estão, igualmente, estabelecidos aqui. A existência do inciso II, no art. 8º, § ún., do Marco Civil, talvez possa fazer sentido caso o acesso à Rede seja disponibilizado por ondas eletromagnéticas vindas diretamente de outro país, ou via satélite, estabelecendo-se mediante a atuação de provedores que não se localizam em território nacional.[33] Neste caso, eventual cláusula que retire expressamente da jurisdição nacional o poder de apreciar litígios decorrentes do contrato de conexão à Internet seria considerada nula de pleno direito, podendo o usuário brasileiro demandar o provedor no juízo local. A efetividade prática, isto é, a capacidade da jurisdição nacional de fazer cumprir as decisões contrárias a tal prestador estrangeiro, situado fora do território nacional, são questões que certamente dependem das peculiaridades do caso concreto (pode-se, por exemplo, penhorar receita que a empresa receba no país, ou impor a ela outros meios de execução que somente o caso concreto esclarecerá). Resta saber se regra assim não fará com que tais tipos de serviço deixem de ser oferecidos aos brasileiros e aos sujeitos domiciliados no Brasil por parte das empresas estrangeiras.

Promulgado após o Marco Civil, o novo Código de Processo Civil contém disposição mais geral sobre a aplicação da jurisdição nacional nas relações de

consumo, que, merece ser dito, é igualmente problemática e pode ser objeto das mesmas críticas acima alinhadas. Atribuiu-se à autoridade brasileira o poder de julgar as ações "*decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil"*, regra que, em grande medida, atinge as relações jurídicas estabelecidas *online*. Mas, diferentemente do disposto no art. 8º, não se trata de regra cogente, nem exclui ou comina com pena de nulidade eventual eleição de foro estrangeiro, expressamente admitida no art. 25 do CPC,[34] sendo vedada em seu §1º apenas nos casos de competência exclusiva da autoridade brasileira, que são os previstos no art. 23[35] do mesmo diploma processual.

No art. 11 temos outra disposição potencialmente problemática sob o prisma da territorialidade. Determina o respeito à legislação brasileira "*em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional"*. Considerando o teor dos parágrafos desse artigo, aparentemente estão sujeitas à lei brasileira toda e qualquer transmissão de dados feita pela Internet, entre pessoas domiciliadas no Brasil. Ao dizer que basta que "*um dos terminais esteja localizado no Brasil"* (§1º) e que a regra é aplicável a pessoa jurídica estrangeira que apenas "*oferte serviço ao público brasileiro"* (§2º), simplesmente não há limites à extensão dessa determinação, pois, afinal, é da natureza da Rede que qualquer "nó" a ela ligado fique acessível ao público mundial, no que se inclui o público brasileiro. Note-se que, aqui, por estabelecer a aplicação do *direito material* brasileiro, a regra é potencialmente criadora de conflitos normativos, vez que uma empresa sediada no exterior há, evidentemente, de agir em conformidade com a lei do lugar; mas o nosso legislador quis que ela também cumpra, simultaneamente, a lei brasileira, se um único brasileiro usar os seus serviços (que, no caso, podem ser aplicativos de rede, e não apenas a conexão, como ocorre com a disposição do art. 8º). Se outra centena de países adotar regra semelhante à deste art. 11, prestar serviços na Internet se tornará um empreendimento inviável. Parece claro que a regra é inaplicável praticamente a essas situações transnacionais, que se situam além do poder normativo brasileiro, reservando-se sua aplicação às empresas que operam em território nacional ou tenham aqui filial, sucursal, escritório ou estabelecimento, eis que estes se submetem às leis do país.

Capítulo III - Fundamentos, princípios e objetivos do Marco Civil da Internet

1. Considerações iniciais

Sob um primeiro capítulo intitulado “Disposições preliminares”, o Marco Civil apresenta três artigos destinados a enumerar fundamentos (art. 2º), princípios (art. 3º) e objetivos (art. 4º) da *disciplina do uso* da Internet no Brasil.

Embora se possa encontrar diferenças semânticas e interpretativas entre o significado de *fundamento*, *princípio* e *objetivo*, no contexto em que essa Lei os apresenta, aliado ao conteúdo de seus incisos, não parece que a diferença seja de algum modo significativa.[36]

Princípios, em Direito, são proposições basilares sobre as quais se assentam outras normas. Alguns são princípios gerais, a orientar todo o Direito (p.ex., o princípio da isonomia); outros são restritos a uma disciplina (princípio do contraditório, em direito processual), ou parte dela (princípio da utilidade, quanto aos prazos processuais). Mas todos têm como elemento distintivo a sua aplicação geral, despregada de um situação fática específica a orientar a aplicação de outras normas. Princípios são úteis não apenas pelo eventual comando que já contenham em si, mas como critério exegético para investigar o sentido de outras normas daquela mesma disciplina (ou de todo o Direito, quando se tratar de um princípio geral), permitindo ao intérprete suprir lacunas ou dúvidas quanto ao sentido e extensão destas. Princípios dão uma unidade lógica ao campo normativo a que se aplicam (seja um determinado instituto, seja uma disciplina, seja todo o Direito).

Princípios muitas vezes decorrem das razões que motivam o trabalho do legislador. Podemos afirmar, pois, que o *princípio* da isonomia tem como *fundamento* a desejável igualdade de tratamento entre todos. Princípios também podem se voltar para o atingimento dos objetivos que se quer alcançar com uma lei: assim, também podemos dizer que a isonomia tem por *objetivo* nivelar as possibilidades de todos.

É, portanto, estreita relação entre princípios, fundamentos e objetivos de uma lei,

a exigir muito cuidado e reflexão do legislador, caso quisesse, distintamente, enumerar uns e outros. Mas, neste caso, o legislador não pareceu estar muito convicto dessa separação que fez entre fundamentos, princípios e objetivos, eis que vários dos incisos contidos nesses três artigos são muitíssimo próximos uns dos outros.

Aparentemente, o legislador se inebriou com a perspectiva de estar criando uma "Constituição" para a Internet, coisa que o Marco Civil efetivamente não é, e com isso ocupou quase 15% do texto com essas declarações de fundamentos, princípios e objetivos, de forma muitíssimo prolixa. Nessa toada, parafraseou o §2º, do art. 5º da Constituição Federal, para afirmar, no parágrafo único ao art. 3º, que:

> *Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Ora, essa é uma disposição que pode fazer sentido em uma verdadeira Constituição, enquanto norma fundamental de uma nação, e que serve de base para a organização dos poderes do Estado e do próprio ordenamento jurídico, dando-lhe vida. Uma lei ordinária não precisa dizer tais coisas, porque está obviamente submetida a disposições que lhe são hierarquicamente superiores. Além disso, pode ser revogada no todo ou em parte por qualquer outra lei ordinária posterior, bastando que esta seja promulgada. Em resumo, a tolice desse texto provém do fato de que *nenhuma* lei ordinária é capaz de excluir princípios contidos em outras normas de hierarquia igual ou superior, não sendo absolutamente necessário dizê-lo.

Esse texto acima é um retumbante exemplo de redações inócuas que preenchem cerca de 40% do texto do Marco Civil, como já foi antes objeto de breve crítica.[37] Nele e também em vários dos incisos desses três artigos, não se diz nada de relevante em ternos normativos, nem mesmo como critério exegético para interpretação de outras disposições. São textos que dão um caráter pomposo e politicamente correto à Lei, mas nada acrescentam de concreto no ordenamento jurídico pátrio.

Feitas essas considerações iniciais, analisemos os tais fundamentos, princípios e objetivos enumerados na Lei, com especial atenção aos que possam resultar em consequências jurídicas relevantes.

2. Sobre os fundamentos, princípios e objetivos do uso da Internet no Brasil

À crítica já feita acima deve se somar à observação de que a maioria expressiva dos incisos indicando os tais fundamentos, princípios e objetivos não passam de meras platitudes, cujo conteúdo normativo beira o vazio.

A inutilidade de algumas dessas disposições pode ser percebida ao testarmos o sentido inverso dos textos. Poderia o legislador brasileiro *negar* a escala mundial da rede (art. 2º, I), se é que isso faz algum sentido normativo, ou mesmo lógico? Existe alguma norma jurídica que carregue como fundamento a *negação* dos direitos humanos, do desenvolvimento da personalidade e do exercício da cidadania (art. 2º, II)? Como creio que o leitor concordará que a resposta a ambas as indagações seja um sonoro "não", os dois textos nada acrescentam ao ordenamento jurídico.

Outro tipo de crítica que pode ser feita a essas disposições preliminares, como já exposto no tópico anterior, é que esta Lei simplesmente repete princípios já consagrados na Constituição Federal. É o caso da liberdade de expressão (art. 2º, caput, e art. 3º, inciso I), já afirmada no art. 5º, IV e IX, da CF. A proteção à privacidade, que abarca a dos dados pessoais (art. 3º, II e III), também é objeto de proteção na Lei Maior, desta vez no inciso X, do art. 5º. A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 2º, V) também são previstas na Constituição, que se refere à primeira no art. 1º, IV e no caput do art. 170, estando as duas outras enumeradas nos incisos IV e V deste mesmo dispositivo. E por livre iniciativa, garantida na CF, deve-se presumir a "liberdade dos modelos de negócios" (art. 3º, VIII), não importa se promovidos ou não na Internet, devendo certamente ser observados os limites desta ou de qualquer outra lei. O acesso à informação, figurado entre os objetivos descritos no art. 4º, em seu inc. II, também é garantia constitucional contemplada no art. 5º, XIV, da nossa Carta. Quero crer que a proteção constitucional preexistente não é nem um pouco incrementada pela sua reiteração em normas de hierarquia inferior. Mas é possível ver nessas regras ao menos um sentido prático, que não sei dizer se foi o desejado pelo legislador, e que adentra o terreno processual: considerando as hipóteses de cabimento dos recursos extremos, torna-se, em tese, possível fundamentar também um *recurso especial* sustentando-se a violação desses princípios, agora expressos em lei federal.

No mais, há uma profusão de palavras bonitas e de pouco sentido prático ou normativo. Os incisos III e IV do art. 2º enumeram como fundamento "*a pluralidade e a diversidade*", assim como "*a abertura e a colaboração*". Do ponto de vista puramente gramatical, semântico, quero crer que esses vocábulos pedem um complemento. Pluralidade do quê? Diversidade do quê? Abertura do quê? Colaboração de quem, com quem e sobre o quê? Deveria o legislador ter sido mais ousado e dito de uma vez que é fundamento da disciplina do uso da Internet no Brasil promover a felicidade geral da humanidade... Por mais boa vontade que se tenha com esses incisos, a lhes tentar atribuir algum sentido mais preciso, mesmo assim resta a dúvida sobre que função teriam em um texto normativo. Ainda que este autor tenha especial apreço, por exemplo, pelos muitos trabalhos colaborativos que a Rede proporcionou, especialmente os movimentos *free software* e *open culture*, mas considerando que colaboração é uma ação essencialmente *voluntária*, não consigo compreender qual missão o vocábulo pode ocupar ali, entre os ditos fundamentos que inspiram essa lei. A menos que o legislador temesse que o Estado pudesse, um dia, proibir o trabalho voluntário de colaboração (nunca se sabe...), não há porque mencioná-lo dessa forma num diploma legal. Estas mesmas considerações se aplicam ao inciso VII, do art. 3º, que elenca como mais um princípio "*a preservação da natureza participativa da rede*". A "*finalidade social da rede*" (art. 2º, VI) é outra expressão a causar espécie. Não se pode negar que soa bem, mas é difícil dar-lhe uma dimensão normativa. A construção da locução nos traz à lembrança a função social da propriedade, prevista no art. 5º, XXIII, da CF, mas não há nenhuma relação possível entre os princípios, se é que essa foi a inspiração do legislador. Dizer que "*a propriedade atenderá a sua função social*" é criar uma limitação aos antes absolutos contornos do direito de propriedade, é aceitar que o uso e gozo da coisa pode ser restrito, ou que ela possa ser objeto de expropriação em alguns casos. O que pode significar essa locução quando aplicada à "rede"? A rede não é senão uma abstração, formada pelo conjunto de canais de comunicação interligados e obedientes aos mesmos protocolos de comunicação. Pretende o legislador expropriar "a rede", em nome de sua função social? E se alguém, do outro lado do mundo, agir contra essa "função social da rede", seja lá o que for isso? No que o Marco Civil poderá servir para solucionar essa suposta má ação? Finalizando esta enumeração de platitudes, o "princípio" do art. 3º, V, (ou seria um objetivo?) também merece ser aqui arrolado. Preza o texto pela "*preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao*

uso de boas práticas". Não dá para compreender o que isso faz numa lei. Sofrerei sanções se eu não souber configurar adequadamente um servidor *web*, e ele funcionar mal? Quem tomará essas "medidas técnicas"? Por último, é de se lembrar que esses padrões internacionais não são considerados vinculantes nem mesmo pelas instituições que os produzem (como, p.ex., a W3C, que formula os padrões da *World Wide Web*). São modelos técnicos de adoção voluntária, tendo como estímulo a interoperabilidade dos sistemas. Não faz sentido tratar em lei, em nosso país, aquilo que é produzido como recomendação técnica para todo o mundo.

Feitas essas críticas, vejamos o que sobra de útil nesses três artigos. Algumas dessas proposições versam sobre temas que são mais detidamente normatizados no corpo do texto. Nesse sentido, há apenas dois textos expressivos. A "*responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei"* (art. 3º, VI) é tema esmiuçado nos arts. 18, 19 e 21, e sobre isso discorrerei em capítulo próprio.[38] O mesmo se dá com "*a preservação e garantia da neutralidade da rede"*, (art. 3º, IV), regulado no art. 9º, e que também será tratado adiante.[39] A fixação dessas disposições como princípios, embora os temas venham a ser regulados mais adiante na própria lei, não parece ser despicienda de utilidade. Ao receber o *status* de princípio geral, essas disposições passam a ter um caráter direcionador para a interpretação das demais normas, especialmente em caso de dúvida ou lacuna destas.

Quanto aos demais objetivos arrolados no art. 4º, pode se ver neles um mero direcionamento de políticas públicas, merecendo destaque apenas o inc. IV, que se refere à "*adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados"*. Parece-me que a esta disposição é possível atribuir caráter vinculativo, ao menos em relação ao Poder Público, para que adote tais padrões em seus sistemas informáticos, disponibilizados à população. Afinal, cabe ao Estado tornar acessíveis os serviços públicos que oferece e, na Internet, a acessibilidade – inclusive por pessoas que sofram de alguma deficiência – é normalmente alcançada pelo respeito aos padrões referidos nesse inciso. Quanto ao particular, é, a princípio, interesse exclusivamente seu que os produtos ou serviços que oferece *online* possam alcançar o maior número possível de pessoas; a consequência, neste caso, da desatenção aos padrões de interoperabilidade é, eventualmente, não atingir o público desejado, mas isso é

uma questão essencialmente privada, não havendo neste caso qualquer obrigatoriedade na adoção de tais padrões.

3. Definições

Seguindo uma tendência de nossos dias, embora nem sempre imune a críticas, o Marco Civil dedica o seu art. 5º ao estabelecimento de algumas definições. Toda definição legal é perigosa e se essa máxima já pode causar certos embaraços na explicação de conceitos jurídicos, mais ainda há de se ter cautela na definição legislativa de coisas ou fatos afetos a outros ramos do conhecimento.

Algumas definições legislativas podem, no entanto, ser úteis enquanto o termo explicado, não tão óbvio, nem unívoco, tenha seu sentido ali definido para que assim seja compreendido ao longo da mesma lei. Neste caso, o uso posterior da expressão antes definida permite dar maior clareza e síntese ao texto das demais disposições da lei, evitando longas e repetitivas explicações quando quer as outras normas precisem se referir àquilo.

Neste sentido, o legislador incluiu no texto do Marco Civil as seguintes definições:

> *Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:*
>
> *I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;*
>
> *II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;*
>
> *III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;*
>
> *IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;*
>
> *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;*
>
> *VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;*

> *VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e*
>
> *VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.*

Definir a própria Internet em lei (inc. I) soa algo tolo ou por demais pretensioso. Também não me parece adequado apresentar definição legislativa de um fato preciso e perfeitamente conhecido, ao menos nos meios técnicos, como o endereçamento IP, que foi objeto do inciso III. Aliás, a expressão "endereço IP" só é novamente utilizada na Lei para compor as definições seguintes contidas nos demais incisos deste mesmo dispositivo legal.

Quanto ao mais, as outras definições deste art. 5º parecem razoavelmente justificáveis para os propósitos acima mencionados: simplificar a redação dos demais artigos desse diploma legal. A definição dada a "terminal" (inc. II), pois, deve ser havida apenas para dar sentido ao vocábulo quando novamente utilizado noutros textos da própria Lei. Quis o Marco Civil defini-lo qualquer dispositivo que se conecte à Internet. Denota, pois, ao longo da lei, qualquer coisa capaz de operar com o protocolo TCP/IP, obter um endereço e, com isso, passar a fazer parte da Grande Rede.

As demais definições, tratadas nos incisos IV a VIII, serão novamente utilizadas na Seção da Lei voltada para a "*Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas*". Assim, também poderão ser vistas nesta obra no capítulo dedicado ao exame do tema.[40]

Capítulo IV - Princípio da neutralidade da rede

1. Conteúdo, extensão e oportunidade da neutralidade

A neutralidade da rede, definida como um dos princípios aplicáveis à Internet no Brasil, no art. 3º, IV, e depois regrada no art. 9º, é um dos aspectos mais fundamentais do Marco Civil da Internet, figurando, igualmente, entre os mais polêmicos. Trata-se de questão fundamental, em primeiro lugar, pois diz respeito diretamente à preservação das liberdades que a Internet tem proporcionado aos seus usuários, desde sua criação; a disposição também é importante sob os ângulos da defesa da concorrência, do estímulo à inovação e da priorização de critérios meritocráticos na oferta *online* de produtos e serviços. Suas polêmicas derivam do forte jogo de interesses sobre a questão objeto dessa norma, ou de argumentos evidentemente equivocados sobre qual é, tecnicamente falando, o significado da neutralidade definida no texto legal.

O sentido do princípio da neutralidade da rede, como dito, é esmiuçado no art. 9º, que contém três parágrafos, alguns deles seguidos de vários incisos, sobre o que comentarei ao longo deste capítulo. Inicialmente, para apresentar e delimitar o que se pode entender por *neutralidade da rede*, examinemos o *caput* desse dispositivo legal:

> *Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.*

Não é possível entender o sentido e extensão dessa norma sem um mínimo de conhecimento sobre os aspectos técnicos envolvidos no tráfego de dados na Internet. Alguns detalhes sobre a arquitetura e funcionamento da Rede foram apresentados no Capítulo I. Os *pacotes de dados* ali referidos são os mesmos que vêm agora mencionados no art. 9º. Em breve resumo, toda informação transmitida pela Internet trafega sob a forma de pequenos blocos, que formam esses tais *pacotes de dados*. Os *bits* que formam um grande arquivo – uma longa sequência de muitos algarismos *zero* ou *um* – são divididos em pequenos blocos, que, direcionados ao destinatário da informação, viajam separadamente pelos canais de comunicação; chegando todos ao destino, os *bits* dos diferentes pacotes

são reunidos e a informação é reconstruída ali, podendo, então, ser exibida ao receptor. Isso pode se aplicar a textos, sons, imagens, vídeos, a qualquer tipo de informação.

Dito isto, que fique claro o conteúdo mais essencial desse princípio: são os *pacotes de dados* que devem receber tratamento isonômico. A razão da norma é que existe a possibilidade técnica – e isso é algo elementar, em razão das características de funcionamento da Rede – de examinar os pacotes e aplicar-lhes *filtros* que permitam distinguir seu conteúdo, sua origem e destino (os endereços IP), o tipo de arquivo transmitido ou o tipo de serviço que está sendo utilizado. A cada "nó" da rede, pelo qual a informação trafegue, desde sua origem até o computador de destino, é tecnicamente possível fazer essa filtragem e examinar as informações contidas nos pacotes. E, uma vez aplicado esse filtro, também é tecnicamente possível retardar ou simplesmente bloquear o trânsito de pacotes escolhidos, quando do roteamento, isto é, quando do direcionamento deles rumo a seu destino final.

Determinar o tratamento isonômico *aos pacotes* significa justamente uma proibição a que tais pacotes sejam discriminados, nessas suas passagens pelos "nós" da rede, onde são realizadas as operações de comutação ou roteamento. Comparada a Internet à malha viária de uma cidade, imagine-se pequenos caminhõezinhos (os pacotes de dados) saindo carregados de informação de um endereço a outro, cada qual desses veículos eventualmente tomando um rumo diferente pelas muitas ruas e avenidas e, a cada esquina, o motorista pergunte a uma autoridade de trânsito (que aqui representa o roteador) qual o melhor caminho para o endereço de destino. Segundo a lei, não caberia a esse sujeito do exemplo bloquear ou retardar a passagem do caminhão, com base no tipo, origem ou destino da carga transportada: deve, isto sim, dar prontamente a informação sobre a direção a seguir e liberar sua passagem, sem preferir ou preterir quaisquer dos caminhões que passam por ali.

Embora o roteamento da informação seja realizado a cada cruzamento entre redes que se entrelaçam, entre diferentes canais de comunicação que constituem a malha da Internet, e todos esses, enquanto sujeitos às leis do país, devam sem distinção adotar esse tratamento isonômico aos pacotes de dados, parece claro que o principal foco desta regra – e também o principal conflito de interesses que ela regula – reside na conexão entre o usuário final e seu próprio provedor de

acesso. Quer a lei que o usuário possa ter acesso livre e igualitário a todo e qualquer ponto da Rede, e que seja *seu* o poder de escolha sobre por onde navegar, o que acessar, em que sítios se informar, em que loja eletrônica comprar, sendo vedado à empresa de comunicação que lhe provê o acesso à Internet realizar as já comentadas filtragens, que atuariam para priorizar ou prejudicar pacotes segundo as informações neles contidas.

Os principais interesses opostos que são atingidos por essa regra são, de um lado, os das empresas de telecomunicação que fornecem canais de acesso à Rede e, de outro, os daqueles que, numa ou noutra ponta, como servidores ou receptores de informação, contratam esses mesmos serviços de comunicação. Esse é um conflito relevante sob o ponto de vista concorrencial e dos direitos e liberdades dos usuários que contratam o acesso à Internet.

A forma com que o texto foi redigido, porém, permitiria abarcar situações essencialmente privadas, que evidentemente fogem da finalidade desta Lei. Há, também, tecnicamente falando, roteamento de dados entre a rede externa – a Internet – e as redes internas de empresas, repartições públicas, condomínios ou mesmo residências individuais. E esse roteamento, no mais das vezes, é filtrado e bloqueado, para impedir que funcionários acessem serviços outros que não os necessários ou autorizados para suas atividades laborais; ou, nas residências, pode ser filtrado pelos pais, para impedir que filhos menores tenham acesso a conteúdo inapropriado para sua idade. Aliás, esse é o único sentido útil do que se encontra previsto no art. 29, que estabelece que "*o usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente"*. Ora, é claro que não caberia à lei autorizar ou proibir as pessoas de instalar o que quisessem nos seus próprios computadores, seja um editor de textos, um sistema operacional, ou, como mencionado nesse dispositivo legal, um programa de controle e filtragem dos pacotes de dados para fins de controle parental (ou outro controle qualquer, ou ainda como medida de segurança). No sentido de dar-lhe um significado prático, podemos interpretar o art. 29 como uma clara sinalização – se é que isso seria necessário – de que a neutralidade da rede não se aplica aos usuários finais, dentro de suas próprias redes internas, quando quer que façam comutação ou roteamento de dados com a rede externa, isto é, a Internet.

Não está o Marco Civil, evidentemente, voltado a regular essas relações *interna corporis*. O titular do direito a receber pacotes de dados isonomicamente tratados é o contratante do acesso, e tal direito tem como objeto o tráfego em redes de acesso público. Pode não ser fácil, diante das sutilezas da tecnologia, destacar as redes públicas das redes privadas internas, mas mesmo assim essa parece ser uma distinção necessária, pois não cabe ao legislador influir nos bloqueios que entes públicos e privados, ou famílias, queiram estabelecer, até mesmo para fins de segurança de suas redes internas e de proteção de seus dados sensíveis.

O objetivo da regra é evitar que aqueles que detenham o poder – e pode-se definir tal função como um verdadeiro *poder* – de rotear informações na rede possam, também, influir no mercado de produtos e serviços ofertados *online*, ou mesmo, sob o prisma político, censurar, dificultar ou estimular o acesso a fontes de informação por eles escolhidas. A Internet nasceu de uma livre interconexão de computadores e a riqueza e o interesse despertado pela Rede está justamente na disponibilidade de acesso, por *qualquer* um, a *qualquer* outro computador conectado a ela. Há, por assim dizer, um elemento imaterial que valoriza a Rede e a faz ser o que ela é, que consiste na gigantesca quantidade de informação a que ela dá acesso, ou na possibilidade de estabelecer comunicação ponto a ponto com praticamente qualquer lugar do planeta. Essa riqueza foi construída pela soma de cada serviço de conexão, cada conteúdo disponibilizado, cada aplicativo e funcionalidade agregado, formando um conjunto cuja relevância é muitíssimo maior do que a mera soma do valor isolado de cada um desses produtos. Em síntese, o valor e a importância da Internet está nesse seu caráter universal. Não parece razoável, portanto, que, devido a circunstâncias técnicas, econômicas ou meramente conjunturais, aquele que oferta acesso à Rede em uma determinada localidade possa se apropriar desse valor intrínseco da Rede e moldar os seus produtos não pelos serviços telemáticos contratados, em si considerados, mas por aquilo a que o usuário terá acesso (mas produzido por outros) *através*, apenas, da conexão a ele proporcionada.

Adotada a neutralidade da rede, são evidentemente impostas algumas restrições às operações dos provedores de acesso à Internet. Daí, estabeleceu-se a polêmica: estaria a neutralidade da rede violando a livre iniciativa, a concorrência, ou o oferecimento de produtos diferenciados – e vantajosos – ao contratante do acesso? São essas, em síntese, as principais questões que são levantadas contra o dispositivo em foco.

Sem dúvida, em um cenário ideal, de ampla e livre concorrência entre provedores de acesso, é possível que a imposição da neutralidade no trato dos pacotes fosse desnecessária; houvesse centenas de provedores disputando a preferência do usuário desses serviços de acesso, é bem provável que o mercado chegasse a um ponto de equilíbrio tal em que haveria múltiplas opções de escolha que ofertassem canais de acesso desprovidos de quaisquer filtros e sem discriminação do tráfego de pacotes.

Entretanto, a realidade desse mercado é outra, especialmente em nosso país, em que pouquíssimas empresas são provedoras de quase a totalidade do acesso à Internet e em inúmeras localidades nem sequer há oferta desses serviços por mais de uma ou duas delas. Não há como crer, ao menos por ora, que a concorrência na prestação desses serviços de conexão sequer exista. Portanto, assim como em outras situações que exibem deficiências concretas na esfera concorrencial, cabe à lei interferir para evitar a cartelização e o abuso do poder por quem o detém e, neste caso, com o propósito de assegurar a livre concorrência entre os *demais serviços* disponíveis *online*.

Note-se, em primeiro lugar, que ao estabelecer apenas tratamento isonômico *de pacotes*, a regra não interfere na possibilidade de ofertar diferentes serviços de acesso, a diferentes preços. Não proíbe a lei a oferta e contratação de planos com maior ou menor “velocidade” de transmissão, pelos quais o contratante pague valores maiores ou menores. E embora essa seja uma questão que suscita um outro tipo de polêmica, a neutralidade também não diz respeito ao estabelecimento de limites para o volume total de tráfego mensal, semanal ou diário, eventualmente fixados no contrato de serviços de conexão, o que também pode importar, sem dúvida, variação de preço da tarifa a ser paga pelo usuário contratante.

É de se reconhecer a relevância dos serviços prestados pelos provedores de acesso, que não devem ser, de modo algum, demonizados, e que merecem ser adequadamente remunerados por aquilo que oferecem ao contratante. É legítimo que disputem, entre si, no mercado, pela preferência dos usuários de Internet, ofertando tecnologias que proporcionem conexões mais rápidas e mais estáveis, a preços cada vez mais competitivos. Entretanto, considerar que podem ofertar e moldar seus serviços com base na informação produzida por outros, soa como se estivessem se apropriando da riqueza da Rede, a que fornecem apenas os caminhos, mas que não lhes pertence. Por isso, soam um tanto quanto falaciosos

alguns dos argumentos que costumam ser opostos ao princípio da neutralidade.

Há, de um lado, argumentos contrários à neutralidade que se mostram evidentemente equivocados, porque se opõem àquilo que a regra não diz; ou, diante das dificuldades de compreensão dos aspectos técnicos relacionados ao que sejam os pacotes de dados, como trafegam, e o que significa tratá-los isonomicamente, usam como crítica à Lei analogias que não representam comparações minimamente corretas com o que está em discussão. Dizer, por exemplo, que a neutralidade da rede é o mesmo que impedir os pedágios de cobrarem por eixo do veículo, ou por seu peso, é uma forma de usar comparações distorcidas para incutir na população a sensação de que os donos de automóveis ou veículos leves – os que usam a Internet eventualmente – estariam pagando o mesmo preço e, portanto, financiando a passagem das gigantescas carretas – o usuário que realiza grandes transferências de dados, assistindo, por exemplo, a filmes em alta definição. É justo e adequado que o veículo pesado pague pedágio mais alto, mas, como dito, a neutralidade não impede que sejam ofertados serviços de conexão com bandas mais ou menos largas, a preços diferentes. A analogia possível com o tráfego de veículos seria outra. Seria correto que caminhões de mesmo peso e número de eixos pagassem pedágio diferenciado naquela mesma praça de arrecadação, apenas porque um transporta feijão e o outro transporta soja? Ou porque um vem de Goiás e o outro, do Mato Grosso? Ou porque vão para o Rio de Janeiro ou para São Paulo?

Proponho uma analogia diferente. Pense-se na Internet, como já sugerido, como uma cidade: os imóveis são os computadores a ela conectados e, claro, as ruas são as conexões. Todo o transporte nessa cidade é feito única e exclusivamente por um serviço de ônibus, intenso e frequente. Consumidores saem de um *shopping center* e se postam na fila do ponto de ônibus mais próximo, para retornarem aos seus endereços. Mas quando chega o primeiro veículo, o motorista se põe a examinar as sacolinhas carregadas por cada um e diz que quem comprou livros em determinada livraria deve descer e esperar o próximo carro; quem comprou de outra livraria, parceira da companhia de transporte, pode embarcar imediatamente. O motorista desse ônibus estaria, pois, diferenciando os *pacotes*, negando-lhes o tratamento isonômico determinado pelo princípio da neutralidade. Uma situação assim pode ser defendida com argumentos de defesa da livre concorrência? Ou, ao contrário, é um atentado à livre concorrência entre os lojistas? E que diferença há para a empresa de transporte, especialmente em termos de custo na prestação de seus *próprios*

serviços, se as sacolinhas – todas de mesmo tamanho e peso – levadas pelos passageiros contêm compras feitas na loja A, B, ou C?

Embora a neutralidade traga, sem dúvida, uma interferência estatal sobre um certo tipo específico de atividade – a dos provedores de acesso – essa interferência é voltada a preservar a livre concorrência entre os muitos produtos e serviços de Internet, bem como a liberdade política do usuário de obter livre acesso à informação. Não se pode dizer que se trate de norma totalitária ou intervencionista na liberdade econômica, como já foi acusada, pois, no fundo, é uma norma voltada para a defesa da concorrência na outra ponta da conexão. Note-se que o princípio é também exigível contra o próprio Estado e seus agentes, que hão de respeitar a isonomia no trato dos pacotes, quando algum ente público também fornecer acesso ou de qualquer modo puder interferir nos roteadores e canais de comunicação que compõem a Grande Rede.

Ao estabelecer que todos os pacotes de dados sejam tratados isonomicamente, isso desconcentra o poder que os canais de comunicação possam ter sobre a própria comunicação, assegurando que a Internet continue a ser o que dela se espera, isto é, uma espécie de canal público e universal de comunicação, ainda que se valha de estruturas privadas que se interconectam. Mesmo porque a Internet é o que é hoje porque é muito mais do que cabos ou ondas de rádio: há toda uma infraestrutura lógica de protocolos de uso livre e um incalculável patrimônio imaterial resultante da própria existência de uma interconexão de todos com todos, na qual todos querem se juntar. Isso não pode ser apropriado com exclusividade por ninguém, sejam empresas ou governos.

Para darmos exemplos mais diretos, se fosse dispensado o dever que o caput do art. 9º estabelece, situações como as abaixo citadas poderiam acontecer:

a) José tem conexão à rede pelo provedor X. O provedor X também mantém uma página de notícias *online* chamada XN. Toda vez que José tentar ler notícias do jornal YN, concorrente de XN, os pacotes serão filtrados e ficarão "dormindo" alguns segundos ou minutos extras, enquanto os pacotes vindos do jornal XN chegarão velozes como um raio. Como é entediante aguardar páginas lentas, com o tempo, José possivelmente preferirá ler as notícias que chegam rapidamente de XN.

b) Ou o provedor X pode fazer ofertas aos *sites* A e B (que podem ser jornais,

lojas *online*, organizações políticas, cursos à distância, qualquer tipo, enfim, de *sites* concorrentes): quem lhe paga mais para passar na frente os seus pacotes e deixar os do concorrente num *loop* bem demorado? Ou, quanto B, por exemplo, estaria disposto a pagar a X para atrasar progressivamente os pacotes de A? Ou quem sabe bloqueá-los durante algumas horas do dia, alguns dias da semana, de modo a fazer com que seus potenciais visitantes dele desistam?

c) Diante de dois diferentes *softwares* de conexão à rede, Alfa e Beta, o provedor X poderia pedir uma contribuição ao fabricante de Alfa, para que os pacotes que venham dele sejam priorizados, em detrimento dos pacotes enviados pelo *software* Beta.

Pode-se pensar que, se o provedor X fizer isso com alguns *sites*, o provedor Y poderá fazer o mesmo com outros, com quem se associou; idem o provedor Z. Isso seria o fim da Internet como uma rede única e universal, que permita igualmente a conexão de todos com todos. E tende à concentração de poder, o que é também avesso à ideia de livre concorrência. No limite dessa escalada de filtragens e preferências, pode-se em tese chegar a um cenário de feudalização da rede, em que os usuários teriam que pagar pedágios a diversos senhores feudais para conseguir chegar aos diferentes locais virtuais; isto é, teriam que contratar várias conexões diferentes para obter acesso livre e desimpedido a serviços diversos.

Os serviços de conexão à Internet costumam ser remunerados segundo a "velocidade" da conexão (medidas em unidades como Kbps ou Mbps) e pelo tráfego em volume absoluto de dados transferidos (em número de Mbytes ou Gbytes totais por mês, semana, ou dia). Isso, insista-se, não é proibido pelo texto legal. Nem será proibido cobrar diferentemente, segundo o horário do seu tráfego. O que o projeto proíbe é cobrar mais ou menos em função do conteúdo, origem ou destino dos *pacotes*, tipo de serviço ou aplicativo utilizado, como nos exemplos dados acima, bens esses que não são gerados nem oferecidos pelos provedores de acesso e, mais, não significam em si nenhum aumento ou diminuição no custo do serviço prestado, pois, afinal, é tecnicamente indiferente se a passagem de um *mesmo volume* de dados pelas conexões ofertadas é originário do sítio A, B, ou C. São todos, igualmente, formados por *bits*. Não há *bits* mais pesados, mais corrosivos, mais destrutivos, ou simplesmente mais difíceis de transferir por intermédio dos canais de conexão oferecidos pelo

provedor de conexão...

Como um último argumento relevante a ser contraposto, e que parece ser bem mais reluzente do que os demais, alega-se que a neutralidade impediria que fossem ofertados ao usuário serviços de conexão "gratuitos", o que supostamente lhe beneficiaria, mas com acesso restrito a apenas alguns serviços *online*. Pode-se começar a questionar esse argumento a partir da conhecidíssima afirmação de que *não existe almoço grátis*! Alguém o está pagando. É evidente, nesses casos, que o serviço *online* liberado gratuitamente está pagando pela conexão, como manobra voltada à cartelização da Internet, a inibir que outros *players* naquele segmento possam com ele competir, ou mesmo a impedir o surgimento de novos concorrentes. Tais modelos de negócio são "gratuitos" porque o serviço franqueado está pagando ao provedor de acesso para eliminar a concorrência atual ou futura. Esse é precisamente um dos motivos, ao lado dos de cunho propriamente político, pelos quais se quer proibir a discriminação dos pacotes. Pudesse o provedor de acesso ao menos sustentar que, ao limitar a dois ou três serviços *online*, o custo da prestação da conexão por ele ofertada seria mais reduzido, o que em tese poderia justificar a redução do preço ao usuário, talvez o argumento ainda pudesse parecer sério; mas, como vimos, dizê-lo seria uma falácia. Tanto faz, em termos de custo de manutenção do serviço prestado, se o provedor está roteando para o terminal do usuário um mesmo volume de dados vindo deste ou daquele serviço. Ademais, a expectativa, diante do constante avanço tecnológico, é que o preço desses serviços de conexão caia e a qualidade, suba, como já vem ocorrendo desde a origem da Internet comercial. O benefício do acesso dito "gratuito" ao usuário final é muito pouco, em confronto com a cartelização que tal arranjo econômico de fato proporcionará. E o texto legal não deixa dúvidas. Segundo o § 3º, do artigo em comento, "*na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo"*. Não importa, portanto, que a conexão seja "gratuita" ao usuário final: a isonomia de tratamento dos pacotes deve ser aplicada mesmo assim.

Enfim, a neutralidade da rede é um princípio voltado a impedir o abuso de poder e formação de cartéis ou oligopólios por parte de quem detenha os canais de comunicação por que trafegam os dados, assegurando a liberdade dos usuários de utilizar os serviços *online* que melhor lhes aprouverem, garantindo que

nenhum desses destinos tenha sua acessibilidade artificialmente cerceada, seja por interesses econômicos ou políticos. Assegura, pois, a livre concorrência entre os serviços oferecidos por meio da rede (sites de notícias, lojas online etc).

É importante, em síntese, destacar que há dois cenários concorrenciais diferentes, como deve ter sido aclarado pela explicação acima desenvolvida: entre os provedores de acesso, de um lado, e, de outro, entre todos os demais serviços disponíveis *online*, o que torna a discussão um pouco mais complexa do que os argumentos apresentados nas críticas normalmente opostas à neutralidade da rede. O princípio, enfim, não interfere fundamentalmente na concorrência entre os provedores de acesso. Há, sem dúvida, restrições a alguns modelos de negócio que tais empresas poderiam implantar, mas, até que demonstrado o contrário, os modelos de negócio vedados pela norma são justamente os que conduzem à cartelização e atentam contra a concorrência entre os serviços disponíveis *online*. Mas é fundamental a adoção da neutralidade para a defesa da concorrência e para estimular a inovação entre o que se encontra do outro lado da conexão, isto é, os múltiplos serviços disponíveis *online*, alcançados *por intermédio* dos canais de comunicação, mas que com eles não se confundem.

2. Exceções ao tratamento isonômico dos pacotes

Não obstante a importância e oportunidade do princípio da neutralidade da rede, é de se reconhecer que seu tratamento legislativo não é tarefa fácil. Desse modo, para evitar problemas, talvez até imprevisíveis ao momento em que foi promulgada a Lei, inseriu-se em seu texto algumas ressalvas à aplicação da neutralidade, encontradas nos parágrafos 1º e 2º do art. 9º.

Uma evidente exceção, não expressa na lei, mas que já mencionei acima, refere-se ao roteamento entre redes públicas e privadas. Não se pode, por exemplo, esperar que o funcionário que acessa a Internet em seu local de trabalho possa exigir do empregador o tratamento isonômico dos pacotes roteados para dentro da empresa ou ente público, de modo que lhe não seja bloqueado o acesso a redes sociais e a todas as demais maravilhas lúdicas que a Internet proporciona, para que ele os acesse livremente ali. Embora o texto se apegue simplesmente aos aspectos técnicos de roteamento e comutação de dados para definir a neutralidade, parece claro que as operações miradas pela lei se referem apenas aos sujeitos que detêm os serviços de comunicação, em sua relação com os que deles contrataram tais serviços ou perante todos os demais usuários de Internet.

Como todos têm o direito de estabelecer uma conexão sua, própria, esse suposto funcionário terá assegurado o direito a transmitir e receber pacotes de dados não filtrados quando quer que use os serviços de acesso que contratou para si.

O §1º estabelece que:

> *§1º. A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:*
>
> *I – requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e*
>
> *II – priorização a serviços de emergência.*

É criticável, em primeiro lugar, que o legislador tenha remetido a questão para uma posterior regulamentação por parte do Poder Executivo, cujo objeto não parece ser muito claro. Em matéria de tecnologia, o legislador, por ignaro no assunto ou indeciso, tem usado e abusado dessa "técnica", por meio da qual faz leis que remetem para uma posterior regulamentação da norma por parte de algum outro órgão público qualquer.[41] O problema dessa orientação é que nem sempre fica nítido que o órgão regulamentador se resumirá a apenas regulamentar a lei, ou se seu "regulamento" é destinado a complementar a própria norma, interferindo na órbita dos direitos, deveres e obrigações por ela estabelecidos. Neste segundo caso, tal "regulamentação" se mostra evidentemente inconstitucional, por contrária à separação dos poderes, à indelegabilidade das funções públicas e, especialmente, ao princípio da legalidade. O art. 84, IV, da CF, a que o §1º desnecessariamente remete, estabelece entre as competências privativas da Presidência da República as funções de "*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*". A regulamentação de leis é, pois, restrita à criação de regras voltadas à sua *execução*, para, por exemplo, definir como, mediante quais procedimentos *internos*, os órgãos da Administração Pública, quando for o caso, darão execução à lei. Segundo o princípio da legalidade, "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (CF, art. 5º, II), entendendo-se obviamente que o princípio se refere à *lei* em sentido estrito. Assim, cabe ao regulamento criar tão somente normas internas para a Administração, jamais normas gerais e abstratas que interfiram nos direitos, deveres e obrigações do

público em geral.

O regulamento em questão já foi elaborado pelo Poder Executivo, sendo objeto do Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016,[42] que dedica os seus arts. 3º a 10º à neutralidade da rede. Trata-se de outra norma prolixa, que muito pouco se parece com uma norma propriamente voltada à *execução* da lei. Os arts. 3º e 4º são pura repetição de conteúdo já presente no Marco Civil. Quanto ao mais, isso será comentado a seguir, em conjunto com a apreciação desses dois primeiros parágrafos do art. 9º, do Marco Civil.

Estabelecem os incisos I e II, do art. 9º, §1º, quais são as situações excepcionais que permitem discriminar os pacotes de dados. O inciso I contém texto aberto, praticamente produzindo uma norma em branco. Os adjetivos "indispensáveis" e "adequada", este segundo em especial, tornam o texto um tanto quanto vago, o que não é nada apropriado, considerada a boa técnica legislativa, para uma lista enumerativa de exceções a uma outra regra. Aparentemente, o legislador indeciso quis deixar para depois, ou melhor, para outro – o Chefe do Executivo – a função de estabelecer quais seriam os tais "*requisitos técnicos indispensáveis para prestação adequada dos serviços*". Abrindo-se um pequeno parêntese, ouve-se dizer, amiúde, que assim costumam agir nossos representantes, quando não se forma consenso suficiente sobre um projeto de lei: para não deixar de publicar uma lei *qualquer* sobre assunto candente, para mostrar ao povo como estão trabalhando, recheiam-na com palavras vazias, abertas, voláteis, exotéricas, que podem significar tudo, nada, ou ambos ao mesmo tempo. Mas não creio que o leitor deva levar essa afirmação a sério, pois certamente vem da boca maldita daqueles que não têm mais o que fazer...

No texto do regulamento, nota-se que as preocupações ficaram restritas a aspectos ligados à segurança e a eventuais quedas ou congestionamento do tráfego, e nem poderia ser diferente, de modo que teria sido mais oportuno que isso já houvesse sido estabelecido diretamente na lei, que poderia ter sido mais clara para incluir nas ressalvas a proteção à segurança da rede e de seus usuários, ao invés de usar esses adjetivos abertos e vagos. Afinal, prestação *adequada* dos serviços não pode ser outra coisa que não a manutenção de uma comunicação operante, regular, estável e contínua, mas igualmente protegida de comportamentos lesivos ou potencialmente lesivos a outros. O Decreto não regulamentou a *execução* da lei, mas apenas especificou, também em termos

gerais e nada técnicos, as situações que permitem excepcionar a neutralidade. Diz o Decreto, no art. 5º, §1º, que os requisitos técnicos indispensáveis ao adequado funcionamento da Rede são aqueles *decorrentes* dos fatos apontados nos incisos que se seguem. Isto, como se nota do próprio texto, não é uma regulamentação de aspectos técnicos, mas a mera indicação de situações fáticas que podem autorizar o bloqueio de pacotes e que desde logo, e sem nenhuma dificuldade, poderiam ter sido incluídas na lei. No primeiro inciso deste texto "regulamentador", lê-se duas situações bastante conhecidas desde há muito tempo: o envio de mensagens não solicitadas em larga escala, o que ficou conhecido por *spam*, e o ataque de negação de serviço, também conhecido por sua sigla em inglês como *DoS* (*Denial of Service*). Assim, excluiu-se da incidência da neutralidade, sendo portanto atividades lícitas, o filtro e bloqueio de pacotes de dados que sejam identificados como envio de *spam* ou como meio para provocar a derrubada de sítios ou serviços *online*.

O ataque de DoS é uma atitude evidentemente dolosa destinada a prejudicar um serviço determinado, que é o seu alvo. Consiste em enviar uma gigantesca quantidade de falsas solicitações de acesso a um servidor ligado à Internet,[43] em volume muitíssimo maior do que sua capacidade de atendê-las, de modo que o congestionamento do tráfego acarrete a paralisação do serviço. Uma analogia bastante feliz é compará-lo a um grupo de pessoas que se amontoam na porta de entrada de uma loja, impedindo que os verdadeiros clientes entrem ali.[44] Aos que tentam legitimamente acessar o serviço atacado, como este deixará de receber ou responder às solicitações, ficará a impressão de que o *site* em questão se encontra *fora do ar.* Essa conduta foi tipificada pela Lei nº 12.737/2012, mediante a inserção do §1º ao art. 266 do Código Penal, sendo incluída no crime que, então, passou a se chamar "*interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública*". Evidentemente, não é objetivo do Marco Civil estimular ou proteger a prática de fato definido como crime, ou de comportamentos propositalmente voltados a causar dano a outrem, nem impedir o que poderia ser considerada, no caso, uma forma de *legitima defesa* contra o ataque. Assim, a tomada de medidas técnicas defensivas contra o DoS jamais poderia ser considerada irregular, independentemente de estar ou não prevista nesse "regulamento".

Não é fácil, porém, definir precisamente o que é ou o que não é *spam.* O Decreto o define simplesmente como o "*envio de mensagens em massa*", olvidando-se de

uma qualidade fundamental que o transforma em uma atividade antissocial: que se trate de uma massa de mensagens *não solicitadas*. Mensagens em massa são enviadas constantemente por entes públicos e privados, mas por solicitação dos destinatários. Mensagens em massa são expedidas por inúmeros serviços informativos como, por exemplo, os que são postados pela OAB ou outras entidades de classe, ou pela Associação dos Advogados de São Paulo aos seus associados, ou pelos sistemas PUSH dos Tribunais a quem neles se inscreve, ou mesmo pelos serviços de publicidade de empresas que o consumidor optou por receber. Para quem roteia ou recebe tais pacotes, é impossível saber se essas mensagens em massa são ou não são autorizadas, ou, mais, se não são até mesmo essenciais para o desempenho profissional do destinatário. Durante minha passagem pela Presidência da Comissão de Informática da OAB-SP, entre os anos de 2004 a 2012, vivenciei incontáveis situações em que o *mailing list* da entidade (que remete mensagens a quem se inscreve no serviço) foi unilateralmente bloqueado por um ou outro sistema – normalmente pelos serviços de recebimento das mensagens do provedor de e-mail do destinatário – que, ao automaticamente identificar um maior volume de mensagens idênticas trafegando por ali e originadas do mesmo remetente, tratava-as como se fossem *spam*. Há pela Internet, como uma praxe mundial, não regrada e um tanto quanto anárquica – para não dizê-la uma forma de *justiça de mão própria* – a formação e divulgação de listas de endereços de onde se originam mensagens empiricamente consideradas como *spam.* Daí, administradores de redes aplicam essas listas aos seus próprios sistemas, bloqueando os pacotes contendo suposto *spam*.

Entretanto, é forçoso reconhecer que não é fácil definir o que é *spam*, pois não há em lugar algum a definição de limites quantitativos sobre o que pode ser considerado um envio de mensagens *em massa*. Por outro lado, não há nenhuma lei que defina essa atividade como ilícita em si. Nem o Marco Civil, nem a Lei nº 12.737/2012, sobre os crimes de informática, dispõem sobre a questão, de modo que soa extravagante incluí-la num mero decreto pretensamente regulamentador do primeiro. Enviar mensagens é algo não apenas lícito, como é um serviço – dos mais antigos – explicitamente proporcionado pelos protocolos técnicos implementados na Internet. Enviar uma ou outra mensagem não solicitada também não é proibido. Qual seria, então, o limite quantitativo preciso entre o que deve ser permitido e o que deve ser considerado *spam* e, por isso, proibido? Nenhuma norma o diz.

O problema prático do *spam*, para a Rede (além do incômodo individualmente causado aos destinatários), é que ele sobrecarrega os serviços de envio e recepção de correio eletrônico. Para o bem ou para o mal, sempre o considerei como mais um daqueles muitos aspectos desagradáveis, porém inevitáveis, da vida em sociedade, tanto quanto o são os congestionamentos das grandes cidades, as filas nos restaurantes, os ônibus lotados nos horários de pico... e que, portanto, sua solução não poderia jamais vir por decreto (literalmente!). Só a melhora dos serviços, se é que possível praticamente, pode realmente solucionar esses tipos de problemas. Do mesmo modo, após anos de discussão em torno da sobrecarga causada pelo *spam*, a capacidade de tráfego pela Internet aumentou vigorosamente, permitindo a transmissão de vídeos em alta definição, formas variadas de comunicação ponto a ponto por voz e vídeo, ou tantos outros serviços de alta taxa de transferência de dados, a ponto de não me parecer plausível que o *spam* seja, por si só, um problema a merecer esse tipo de tratamento por parte do Direito, especialmente considerando o que apontei acima, isto é, a dificuldade prática em distingui-lo de um envio legitimo de mensagens. O risco de perseguir o *spam* sem critérios nitidamente estabelecidos é que o bloqueio de mensagens atenta contra a liberdade de expressão e o direito à informação, que se encontram entre os aspectos mais fundamentais que o Marco Civil se propõe a proteger.

Diverso seria, evidentemente, se o texto (legal ou “regulamentar”) tivesse se preocupado explicitamente com o envio de mensagens em massa contendo conteúdo malicioso, como vírus nos anexos, ou *links* direcionados para outros tipos de golpes digitais. Medidas voltadas à segurança em geral, do usuário ou dos serviços, sempre poderão ser aplicadas. Neste sentido, insisto mais uma vez, teria sido melhor que a lei as incluísse no rol do art. 9º, §1º, falando explicitamente em *segurança*, sendo desnecessário esmiuçar em detalhes o que se entende por isso. É ingênuo pensar que as leis devam descrever todos os fatos da vida em seus múltiplos e casuísticos desdobramentos. Nenhuma lei descreve todas as hipóteses fáticas possíveis de, por exemplo, ato jurídico perfeito, força maior, ou legítima defesa. O importante é que a lei defina conceitos jurídicos que possam ser razoavelmente delimitados, cabendo ao intérprete, necessariamente, o enquadramento da norma ao fato, a cada ocorrência dos muitos fatos da vida. Mesmo que a lei não tenha explicitamente incluído questões relativas à segurança entre as exceções ora analisadas, quando quer que uma atividade maliciosa seja identificada, pacotes podem ser filtrados e bloqueados, pois não é

de se esperar que, em nome do princípio da neutralidade, sistemas possam ser atacados, dados possam ser ilicitamente acessados, e seus titulares não possam implementar medidas técnicas de resposta ao ataque.

No inciso II, o regulamento inclui o "*tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, tais como rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência"*. Na primeira parte, o texto aparentemente "regulamentou" o modo como, desde o seu princípio, a Internet opera. Quanto às situações de emergência, pretendeu o regulamento defini-las, em seu art. 8º. Segundo disposto nos dois incisos desse artigo, a discriminação dos pacotes poderá ser feita para privilegiar as comunicações realizadas pelos prestadores de serviços de emergência, ou nas comunicações destinadas a informar a população acerca de "*situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública"*. Parece-me que a excepcionalidade e imprevisibilidade dessas situações não comporta enumeração legal (ou por decreto), sendo razoável interpretar que outras comunicações que se mostrem necessárias para dar resposta a situações de emergência podem ser também privilegiadas no tráfego de pacotes. Embora o art. 8º do regulamento enumere exceções à neutralidade, e a boa exegese recomenda não dar interpretação extensiva às ressalvas, é de se notar que o texto legal fala tão somente em "priorização de serviços de emergência". Portanto, quem não pode definir de forma restritiva ou ampliativa o que possa ser considerado uma situação de emergência é o regulamento. Finalizando o trato que o regulamento dá a essa situação, o parágrafo único do art. 8º define que a transmissão de dados, nessas situações de emergência, será gratuita. Embora louvável e razoável, aqui o regulamento cria direitos e obrigações que não estão previstos na lei. Deveria, tal gratuidade, ter sido prevista no próprio Marco Civil, não se podendo impô-la por mero regulamento. Sendo a gratuidade do tráfego uma das formas de discriminar os pacotes, pode-se dizer que a gratuidade nesse caso não viola a neutralidade da rede, sendo permitida, o que é diverso de dizê-la obrigatória. Pela oportunidade da regra, é de se esperar que o legislador a inclua futuramente no texto do Marco Civil. Enquanto isso, só se pode esperar a colaboração voluntária dos provedores de conexão, em não cobrar pelo tráfego de dados necessários à divulgação e atuação dos órgãos competentes durante eventuais situações de emergência.

Havendo discriminação do tráfego, tal como autorizada por essas ressalvas feitas

à neutralidade, prevê o Marco Civil alguns deveres adicionais a serem observados pelos que promovam transmissão, comutação e roteamento de dados, como estabelecido em seu art. 9º, §2º, que diz:

> *§2º. Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no §1º, o responsável mencionado no caput deve:*
>
> *I – abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 do Código Civil;*
>
> *II – agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;*
>
> *III – informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e*
>
> *IV – oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.*

O inciso I é norma desnecessária e mal redigida. Em primeiro lugar, não há *forma* alguma prevista no art. 927 do Código Civil. Trata-se da conhecidíssima disposição que define a responsabilidade civil por ato ilícito. Tomado o texto do Código em seu sentido negativo, *todos* devem se abster de praticar atos ilícitos e causar dano a outrem, do contrário responderão pelos danos causados, de modo que o inciso em comento nada acrescenta ao ordenamento jurídico nacional. Por outro lado, se o texto se refere a possíveis danos causados aos usuários em decorrência da discriminação do tráfego autorizada pelo §1º, esta é uma atividade expressamente autorizada pela lei, portanto, *lícita*, o que é bastante para afastar o dever de indenizar. Se quisesse o legislador definir a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao usuário, a referência ao art. 927 não faz sentido, de modo que não parece ser essa a intenção do inciso I, nem se pode cogitar de se aplicar a responsabilidade objetiva que deve decorrer de texto expresso de lei. Esse é, pois, mais um texto inútil.

De acordo com o inciso II, deve o detentor dos canais de comunicação agir com proporcionalidade, transparência e isonomia, quando discriminar pacotes. A transparência é também objeto do inciso III, que determina a adequada informação do usuário acerca das práticas adotadas na discriminação do tráfego. Se a neutralidade quer preservar um interesse social em manter a Internet como uma rede aberta e livre, não se entende porque a lei fala apenas em informar o usuário, que, aqui, sugere ser o contratante dos serviços de conexão junto ao provedor de acesso, que tem o dever de informá-lo. Tais políticas deveriam ser

publicamente divulgadas. Ademais, o direito à neutralidade da rede é evidentemente um direito transindividual, pois de nada adianta a um usuário obter o respeito a essa norma pelo seu próprio provedor, se os demais pontos de transmissão, comutação e roteamento não a observarem e de algum modo discriminarem os pacotes que passam ali. Quanto à proporcionalidade e isonomia, não há muita definição, nem na lei, nem no regulamento, sobre como aplicá-las a essa situação concreta. Por suposto, ao privilegiar outros pacotes – como nos casos de emergência – isso implica em prejudicar o tráfego de outros pacotes, o que deverá ser feito de forma proporcional e isonômica, isto é, distribuir o ônus da espera entre os demais usuários. De algum modo, é o que seria esperado, uma vez que, admitidas as discriminações dos pacotes autorizados nas exceções, entre os demais pacotes a neutralidade continua vigorando.

Por fim, quanto ao último inciso, esse se divide em duas obrigações. A segunda delas – não praticar condutas anticoncorrenciais – já é fundamento geral do Marco Civil (art. 2º, V) e também está no cerne da proposta de neutralidade da rede, o que torna sua reiteração desnecessária nesta norma tão específica do art. 9º, §2º. Afinal, se a discriminação autorizada no §1º foi corretamente aplicada, não há porque cogitar de prática anticoncorrencial. E, como visto acima, aplicadas as discriminações permitidas, quanto aos demais pacotes continua a prevalecer a regra da neutralidade, que já é, em si, voltada para a defesa da concorrência. No tocante à primeira parte desse inciso IV, parece difícil entender o que o legislador quis dizer ao impor o dever de *"oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias"*, e doutrina já publicada sobre o tema pouco esclarece o que precisamente significa mais essa obrigação, que, salvo melhor juízo, aparenta ser mais um dos muitos textos que nada acrescentam ao ordenamento pátrio. Afinal, como decorrência da neutralidade, *todos* os serviços já devem ser prestados em condições não discriminatórias, como padrão. Deste modo, permanece uma incógnita o que são essas condições comerciais não discriminatórias especiais, que devam ser ofertadas quando se aplicar as ressalvas à neutralidade. Em minha opinião e até maior amadurecimento sobre o significado desta norma, esse dever decorre da regra (a neutralidade), mas está sujeito às ressalvas que permitem discriminar pacotes, conforme disposto no § 1º do art. 9º.

Capítulo V - Proteção à privacidade

1. Considerações iniciais

Um dos temas jurídico-políticos mais candentes em nossa atual sociedade da informação refere-se à defesa da privacidade individual e sua precisa delimitação. As modernas tecnologias da informação e comunicação, especialmente a capacidade que têm os computadores de armazenar e processar informações em escala e velocidade crescentes, têm proporcionado poderosas ferramentas que tanto trazem muitos benefícios à sociedade, como podem ser usadas para atentar contra a privacidade. Governos e corporações têm em suas mãos amplos meios técnicos de formar bases de dados populacionais, em que se anote cada detalhe da vida privada dos indivíduos, e ainda classificar e localizar rapidamente as fichas eletrônicas segundo múltiplos critérios de escolha, conforme desejado pelo operador de tais cadastros. Na verdade, em razão da exponencial evolução dos computadores, uma máquina padrão que hoje é vendida ao público em um supermercado qualquer tem mais poder de processamento e armazenamento de dados do que os caros supercomputadores de apenas duas décadas atrás, que somente pouquíssimas entidades públicas ou privadas tinham condições de adquirir. Um computador que hoje pode estar instalado no quarto de crianças, tem processamento e armazenamento bastantes para criar, manter e tratar cadastros populacionais de países inteiros. De outro lado, o avanço tecnológico também proporcionou meios de proteção à privacidade, especialmente mediante o uso da criptografia moderna, capazes de ao menos neutralizar ou minimizar os riscos advindos da própria tecnologia.

Muito se indaga se pode haver privacidade, ou um direito a ela, diante de um modo de vida que tem flertado com o exibicionismo público mais despudorado, não tendo as pessoas a menor cerimônia em expor diariamente, em redes sociais e onde mais for possível, fatos de sua vida privada cotidiana, familiar, amorosa e até mesmo sexual, como se fossem todos participantes de algum *reality show*. Isso pode dar muito material para estudo e pesquisa para as várias ciências sociais, especialmente as que se preocupam com aspectos comportamentais dos indivíduos, isoladamente ou em grupo, mas não deve afetar a categorização da privacidade como um direito fundamental. É que, assim como quase todos os direitos assegurados na Constituição ou nas leis, a privacidade é *disponível.* A

propriedade, por exemplo, também é garantida pelo ordenamento jurídico; assim como a privacidade, a propriedade está protegida na Constituição. Mas o proprietário, sendo capaz e estando no exercício de seus direitos, pode doar livremente os seus bens. O mesmo se aplica à privacidade. Pessoas expõem detalhes de sua vida privada em programas de TV, *blogs*, redes sociais, ou onde mais conseguirem, e não se pode proibi-las de fazê-lo. Isso não afasta a existência de um direito fundamental à privacidade, que, não obstante o comportamento de alguns muitos, pode ser exercitado por aqueles que quiserem proteger os detalhes da própria vida, no todo ou em parte. E mesmo quem expõe nas redes sociais seus pratos de comida, suas frustrações amorosas ou sua imagem em sumários trajes de banho pode não querer – e tem o direito de evitar – que todos saibam em que lugares esteve ontem, quem é a sua família, ou quando e onde passará as próximas férias. A privacidade é também *divisível*, cabendo a cada um decidir o quanto de informações próprias quer publicar, ou o quanto delas quer restringir. E esse direito deve ser assegurado, para que seus titulares o exercitem como melhor lhes parecer.

O Marco Civil teve a boa intenção de tratar a privacidade com especial atenção, o que de certo modo é bastante oportuno, eis que se trata de um tema relevantíssimo nos dias atuais e a Internet é uma ferramenta poderosa, possivelmente uma das mais eficientes, para demolir a privacidade individual. Entretanto, enquanto se pretenda proteger a privacidade dos que vivem no país, tal lei se mostra insuficiente, pois não abarca as situações ocorridas *offline*, isto é, fora do ambiente da Rede. Soa até curioso que, havendo muito pouco na legislação brasileira sobre a defesa da privacidade em geral, uma lei venha a tratar do tema especificamente no ambiente de Internet. É de se perguntar se o legislador de fato acordou para o tema da proteção da privacidade individual, se está mais cioso em proteger seus cidadãos contra as bisbilhotices oficiais ou particulares, ou se está apenas temeroso diante da liberdade disponibilizada pela Rede e viu na proteção à privacidade alguma forma de combatê-la.

A princípio, o Marco Civil não parece ser voltado para proteger o indivíduo das múltiplas formas de violação da privacidade decorrentes de formação de bases de dados que não estão disponíveis *online*, ou não tenham outra relação direta com a Internet. Os poderes públicos deste país têm uma verdadeira obsessão por cadastrar a tudo e a todos, sempre em nome de algum bem comum que pareça ultrajado na ocasião, mas nunca se soube de algum resultado prático positivo

produzido pelo acúmulo dessas informações todas. Como um breve exemplo, já que não é objetivo deste trabalho desenvolver maiores digressões sobre a privacidade em geral, basta dizer que em boa parte do mundo democrático, o que inclui também países da América Latina, compra-se um *chip* SIM para celulares pré-pagos em qualquer quiosque de aeroporto, ou mesmo em bancas de jornal, sem outras formalidades, exceto o pagamento cobrado pelo serviço. Não no Brasil, pois anos atrás os burocratas viram nos celulares pré-pagos anônimos a causa do aumento da criminalidade, da dificuldade de persegui-la, ou da proliferação desses dispositivos de comunicação nos presídios, problemas que, para dizer pouco, pois todos o sabem, continuam a assolar o país tanto quanto as dez pragas bíblicas que recaíram sobre o Egito. Ao que tudo indica, tal proibição serviu apenas para criar mais cadastros de pessoas que regularmente cumprem as leis – pois os que não as cumprem vão provavelmente fraudar o próprio cadastro – além de criar mais custos e dificuldades ao ambiente de negócios e de dificultar um pouco mais a estadia de turistas estrangeiros que visitam o país.[45]

E são muitas outras as situações em que a privacidade individual é maltratada neste país: do pouco zelo com os sigilos fiscal e bancário, frequente e impunemente quebrados, e às vezes vazados em escala, ao uso promíscuo do número do CPF como se fosse um documento de identidade, para o fim de indexar pessoas em todo tipo de banco de dados, da portaria de condomínios a inscrições para exames escolares nacionais; neste último caso, o próprio Governo Federal criou a exigência para que adolescentes sem renda ou receita – não contribuintes, portanto – fossem obrigados a fazer o cadastro junto ao órgão fiscal, pois ter um número de CPF é requisito para inscrever-se para a prova. E a todo tempo surgem novas iniciativas para se cadastrar mais e mais, como a insólita proposta legislativa que pretende criar o ali chamado *Cadastro Nacional de Acesso à Internet*, no qual os internautas deverão se inscrever utilizando mais uma vez o seu CPF.[46] Enfim, num país em que proliferam pensamentos totalitários e misoneístas como esses, falar na defesa da privacidade pode parecer um ato quase heroico.

Em favor do Marco Civil, pode-se argumentar corretamente que a defesa da privacidade dificilmente será objeto de uma lei única. Afinal, trata-se de um bem jurídico que guarda relações diretas ou reflexas com múltiplos aspectos da vida e com todos os ramos do Direito. E pode-se dizer que o Marco Civil foi bastante feliz em várias de suas disposições acerca do tema, que se mostram oportunas

para a preservação da privacidade, ao menos, como já dito, diante dos fatos relacionados à Internet.

2. Conceitos

O direito ao sigilo e à privacidade são, entre nós, um aspecto dos chamados *direitos da personalidade*. Considerados pela doutrina como *direitos absolutos*, têm por finalidade proteger a dignidade da pessoa humana. A conceituação e extensão dos direitos de personalidade estão longe de ser uniformemente definidos pela doutrina. Segundo as sempre seguras lições de Orlando Gomes, tais direitos "*são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários*".[47]

Os direitos da personalidade subdividem-se basicamente em dois ramos: o dos direitos à integridade física e o dos direitos à integridade moral. O direito à privacidade está inserido no segundo grupo.

Ainda segundo as lições de Orlando Gomes, "*sagrado é o âmbito da vida íntima de cada pessoa, observando Santamaria que quanto mais se acentua a obsessão espasmódica da indiscrição, da curiosidade e da investigação do público, tanto mais se ergue esquivo o senso cuidadoso da imunidade de toda a ofensa à intimidade da vida privada (verbete Diritto della persona, in Nuovo Digesto Italiano)*".[48] São considerações atualíssimas, exortando-nos todos a não esmorecer na proteção da privacidade individual, mesmo diante do pouco recato com que muitos se portam no ambiente *online*, ou mesmo diante de todos os meios hoje disponíveis para atentar contra ela.

Carlos Alberto Bittar, após uma tríplice classificação dos direitos da personalidade em direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais, acrescentou que "*dentre os psíquicos, inserimos os direitos à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros); à intimidade (estar só, privacidade, ou reserva); à integridade psíquica (incolumidade da mente); ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional)*".[49] Destaca este autor, como distintos, o direito à intimidade e o direito ao segredo.

No entanto, difícil é precisar exatamente a extensão e os limites desses direitos à intimidade e ao sigilo. Orlando Gomes, por isso, já assinalava que:

> *Não se delimita, no entanto, a extensão do direito ao recato. Definem-se conforme a natureza do caso e a condição das pessoas. Trata-se, como reconhece Allara, de uma categoria de conteúdo vago na qual se incluem o direito à imagem e o direito ao segredo epistolar, telegráfico e telefônico.*[50]

Hoje, então, principalmente diante do impacto causado pelo avanço tecnológico, torna-se ainda mais complexo definir os limites do direito à privacidade. É difícil precisar quais tipos de fatos ou informações pessoais – e em que circunstâncias concretas – podem ou não ser considerados atinentes à vida privada. E normas de proteção à privacidade se espalham por diversos dispositivos legais, sobre as mais diversas matérias.

De um lado, normas constitucionais estabelecem princípios mais gerais cuja exata amplitude pode ser, por vezes, motivo de controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Pode-se dizer que os dispositivos constitucionais mais diretamente ligados ao tema são os incisos X e XII, do artigo 5º da nossa Carta. O inciso X declara invioláveis "*a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*", enquanto o inciso XII assegura o sigilo das comunicações. Além desses, temos na proteção ao domicílio, do inciso XI, outro princípio correlato. O princípio processual da publicidade, previsto no inciso LX, encontra limites na preservação da intimidade. Também o princípio da licitude das provas, inscrito no inciso LVI, guarda relação com o tema, na medida em que, ao banir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, estabelece dupla sanção a reforçar as demais garantias acima apontadas; ao proibir o uso da prova ilícita em juízo, além de outras punições aplicáveis a quem cometeu o ilícito, tal disposição age como um prévio desestímulo à invasão da privacidade, uma vez que as provas eventualmente obtidas mediante esse comportamento ilícito serão imprestáveis para posterior uso em juízo.

No plano infraconstitucional, normas que protegem a privacidade individual se espalham por leis diversas, seja no plano penal, ao tipificar crimes contra a inviolabilidade dos segredos,[51] seja nas proteções do sigilo bancário[52] e fiscal,[53] havendo proteção à privacidade também entre as disposições processuais sobre a prova.[54] Também são formas de proteção da privacidade as disposições civis relativas ao direito ao nome e à própria imagem.[55] Tangenciando o tema, embora não diretamente ligado à privacidade individual, o sistema jurídico também protege os segredos empresariais.[56]

Há uma opinião praticamente uníssona da doutrina sobre a dificuldade em se conceituar ou delimitar a intimidade e a privacidade.[57] A legislação nacional também utiliza expressões variadas, como vida privada, ou intimidade, que não necessariamente têm significados coincidentes.

Não obstante essa dificuldade conceitual, a intimidade pode ser identificada como um círculo interno, mais restrito, que está contido dentro de outro círculo maior, que é a órbita da privacidade. Nesse sentido, são esclarecedores os ensinamentos dos magistrados portugueses Garcia Marques e Lourenço Martins:

> *O quadro normativo que se extrai da Constituição e do Código Civil fornece elementos para a elaboração do conceito de reserva da intimidade da vida privada.*
>
> *Para tanto, é habitual recorrer-se à chamada* teoria das três esferas*, construída fundamentalmente pela doutrina alemã, e de acordo com a qual, na reserva da vida privada, se distinguem: (1º) a* vida íntima*, que compreende os gestos e os factos que devem, em absoluto, ser subtraídos ao conhecimento de outrem; (2º) a* vida privada*, que abrange os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um numero limitado de pessoas; (3º) e a* vida pública *que, por corresponder a eventos susceptíveis de serem conhecidos por todos, respeita à participação de cada um na vida da coletividade.*[58]

Tal qual o texto acima transcrito, a Constituição (art. 5º, X) e o Código Civil (art. 21) utilizam a expressão *vida privada*, que pode ser tomada como sinônimo de *privacidade*. Embora os fatos situados dentro deste círculo da privacidade possam ser múltiplos e variados, nem por isso o conceito de privacidade é algo indeterminável. É possível que entre pessoas mais ou menos sensíveis, mais ou menos tímidas, o rol de fatos que não se deseja expor ao mundo varie substancialmente. Isso não inibe a formação de uma delimitação geral da privacidade como compreendendo a órbita de fatos da vida cuja divulgação uma pessoa média normalmente desejaria manter restrita a poucos indivíduos. O lugar onde mora ou trabalha, os dados pessoais, a própria imagem, os ambientes habitualmente frequentados, os fatos do cotidiano familiar ou havidos do relacionamento com as amizades mais próximas, os pensamentos e opiniões pessoais, tais como crença (ou descrença) religiosa, ideologia política, gostos gastronômicos, ou ainda informações financeiras e patrimoniais são fatos que exemplificativamente podem ser situados na esfera da proteção da vida privada.

A privacidade abrange fatos que não são necessariamente sigilosos, muitos talvez os conheçam (familiares, amigos, colegas de trabalho, estabelecimentos

comerciais frequentados, empregador, ou o próprio Estado), mas mesmo assim podem ser considerados como fatos que o homem médio não gostaria de tornar *públicos*, isto é, para o conhecimento amplo, aberto, que seja dado a *todos* e a *qualquer um*.

A intimidade é abrangida pela privacidade, portanto, ao proteger-se esta, aquela também está contemplada. Mas a intimidade recai sobre um horizonte ainda mais restrito de eventos, especialmente ligados aos sentimentos mais profundos da pessoa humana, como seus amores, suas preferências e relacionamentos sexuais, seu estado de saúde, suas características genéticas ou físicas, sua imagem desnuda, seus problemas psíquicos, seus traumas de infância, suas alegrias ou tristezas familiares, seus medos e anseios, fatos que só dizem respeito a si mesmo ou no máximo a pouquíssimos indivíduos do seu núcleo familiar ou de suas amizades mais cordiais.

É claro que, como apontado ao início deste capítulo, a privacidade e, também, a intimidade, são disponíveis. Se a pessoa quer expor ao mundo suas preferências políticas, os detalhes de sua vida cotidiana, ou seu corpo nu em cenas de sexo explícito, tratam-se de atos de disposição perfeitamente lícitos, o que não afasta a categorização geral desses tipos de fatos na esfera da privacidade ou da intimidade.

Embora a intimidade seja englobada pela privacidade e a ambas o Direito confira proteção, a distinção entre as duas não é irrelevante. É o que também parece a Viana e Lima, para quem "*em que pese a simplificação, é conveniente distinguir as noções de vida privada e intimidade, para efeito de se perquirir a especificidade de uma eventual lesão ao direito*".[59] A privacidade e a intimidade podem entrar – e frequentemente entram – em conflito com outros bens jurídicos que também se quer proteger, como o direito à informação, a liberdade de expressão, o direito à prova no processo, a publicidade dos atos processuais, entre outros. E pode ser observado que em alguns desses choques a intimidade pode sair incólume, mas não a privacidade; ou podem ser exigidas maiores formalidades, ou maior relevância do bem jurídico colidente, para se admita a quebra da proteção da intimidade, sendo mais facilmente afastada a proteção aos fatos apenas considerados privados. A título de exemplo, há uma distinção constitucional expressa ao excepcionar a publicidade processual: somente o choque com a intimidade impõe aos processos o trâmite em segredo de justiça; fatos apenas relacionados à vida privada das partes não são bastantes para inibir

que o processo seja público. Enfim, no choque com outros direitos, a ser analisado caso a caso, é possível que a privacidade ceda em benefício daqueles, mas a esfera da intimidade seja preservada, daí a relevância em se distinguir os dois conceitos. Mas quando, ao longo deste trabalho, falar-se apenas em privacidade, sem qualquer distinção ou referência expressa à intimidade, entenda o leitor que me refiro a ambas, mesmo porque, como dito, a segunda está contida na primeira.

Para finalizar este item, resta lembrar que o objetivo final de preservar a privacidade não se restringe somente à defesa dos sentimentos pessoais, morais, do indivíduo, para poupá-lo da vergonha ou de algum vexame público, ou apenas respeitar sua vontade pessoal de ser deixado só. O tema traz repercussões políticas relevantíssimas, ao preservar o indivíduo da vigilância e perseguição de um Estado totalitário, ou dos inevitáveis excessos que podem vir a ser cometidos por agentes de um Estado democrático. Também tem como objetivo a proteção da pessoa, de sua integridade física e de seu patrimônio frente a criminosos. Proteger o segredo ou certo recato sobre as informações íntimas e privadas também pode salvaguardar o seu titular de pressões, chantagens ou extorsões, em ambientes tão diversos como o familiar, o profissional ou os círculos de amizade, contra a ameaça de divulgação de fatos potencialmente desabonadores ou que simplesmente causem algum mal estar a si ou a outros. Assim, fatos aparentemente simples do cotidiano, como o trajeto diário, o lugar em que se almoça, as pessoas com que se encontra, ou as páginas da Internet que são acessadas são informações pessoais e privadas do indivíduo que, nas mãos de pessoas mal intencionadas ou de um Estado opressor, podem ser usadas em seu prejuízo. Os problemas causados pela invasão de privacidade ou da divulgação de informações privadas não se resumem, portanto, àquele velho bordão popular que desdenha da proteção de segredos, sob a afirmação de que *quem não deve não teme*.

3. A proteção da privacidade no Marco Civil

3.1. Considerações iniciais

De todas as questões regradas pelo Marco Civil – e esse é o maior mérito que se lhe pode atribuir – a proteção à privacidade é o tema mais extensamente tratado, espalhando-se por diversos dispositivos ao longo do texto legal.

Não ficou a lei restrita a afirmar ou reafirmar princípios gerais. Há regras concretas tendentes à preservação da privacidade, que também dão alguma clareza ao mercado de produtos e serviços digitais, a orientar a atuação das empresas sobre o que fazer e o que não fazer nesse campo ainda bastante cinzento.

Além de amplamente referir-se à proteção da privacidade entre suas muitas disposições gerais, a lei direciona toda uma seção para tratar "*da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas*", compreendendo os arts. 10 a 17, que representam cerca de trinta por cento do texto do Marco Civil. Além disso, entre as disposições das seções seguintes, sobre a responsabilidade civil dos diversos prestadores (arts. 18 a 21) e sobre aspectos processuais aplicáveis aos fatos regidos por esta lei (arts. 22 e 23), há importantes disposições também voltadas à proteção da privacidade. Assim, não obstante todas as críticas que lhe foram aqui dirigidas, especialmente pelo excesso de palavras, pelas frases e expressões redundantes ou vazias de conteúdo prático, é de se reconhecer no Marco Civil um importante texto normativo, pois é a primeira lei nacional a verdadeiramente exibir uma preocupação séria com a proteção da privacidade individual e a instituir regras tendentes a protegê-la.

3.2. Princípios e demais disposições gerais sobre a privacidade

Extensas foram as disposições gerais do Marco Civil direcionadas à proteção da privacidade. No art. 3º, destacou-se a "*proteção da privacidade*" e a "*proteção dos dados pessoais*", respectivamente, nos incisos II e III, entre os princípios que orientam o uso da Internet no país.

No art. 7º, diversos incisos que enumeram os direitos do usuário de Internet têm relação direta com a proteção à privacidade, embora muitos sejam apenas repetição de outras normas já existentes, sobre o que passo a brevemente comentar.

Os incisos I e II apenas reiteram preceitos constitucionais. O primeiro ressalta a proteção à intimidade e a vida privada, assegurando a indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação, em mera repetição do inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal. O outro inciso trata do sigilo das comunicações, assegurado pelo inciso XII, do mesmo art. 5º de nossa Carta. É de

se notar que o texto legal é menos protetivo, ao apenas mencionar a possibilidade de sua quebra por "*ordem judicial*", enquanto a norma constitucional somente admite a interceptação da comunicação por ordem judicial "*para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*". Evidentemente, prevalece a maior restrição constitucional, o que importa na vedação à interceptação da comunicação, mesmo por ordem judicial, para fins de instrução em processo civil.

Já o inciso III agrega relevantíssima disposição protetiva da privacidade individual, ao estabelecer a inviolabilidade e sigilo das "*comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial*". Neste caso, a lei cria uma proteção não expressamente prevista na Constituição Federal, mas que dela se pode deduzir pela conjunção de disposições outras, servindo, o Marco Civil, para aclarar uma discussão que há tempos vem atormentando os profissionais do Direito em nosso país. O texto se refere não à comunicação presente, quando as mensagens ainda estão em seu fluxo, mas ao resultado dela, que ficou de alguma forma registrado. Fazendo uma analogia com as seculares correspondências epistolares, é como distinguir o momento em que a carta envelopada transita pelos serviços postais, de um momento seguinte em que, após entregue e aberta, o destinatário a mantém guardada.

Como visto, a Constituição protege a vida privada e a intimidade. De longa data paira discussão sobre a necessidade, ou não, de ordem judicial para a obtenção de certas informações pessoais. Ora, o princípio processual que estabelece que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*" (art. 5º, LIV), até pelas suas origens históricas, não é voltado apenas a dizer as *qualidades* necessárias a um processo judicial, isto é, que este deva ser um processo legal e devido. Tal norma fundamental também impõe a *necessidade de um processo* para que se decida sobre essas situações de conflito, antes de coercitivamente privar alguém de sua liberdade e de seus bens. E, somada à proteção, também constitucional, da vida privada e da intimidade, é salutar que atos invasivos dessas esferas, mesmo que por razões legítimas, sejam objeto do prévio controle jurisdicional.

Assim, voltando à analogia anterior, depois de aberta e guardada pelo seu destinatário, a carta pode ser objeto de busca e apreensão, o que inquestionavelmente depende de uma ordem judicial. O mesmo, agora, pode ser

entendido quanto às comunicações digitais. Os arquivos que registram a informação, depois que foi transmitida, podem ser objeto de apreensão, onde quer que estejam armazenados, mas somente mediante ordem judicial. Não há, nem na Constituição, nem na lei, restrição dessa busca somente ao processo penal, de modo que também pode ser ordenada em processo civil, ressalvadas, evidentemente, as razões fáticas específicas do caso concreto, a serem apreciadas pelo juiz, observando-se as restrições gerais que a lei processual impõe à exibição de documento ou coisa.[60]

Os incisos VI e VIII do art. 7º contemplam a necessidade de informar os usuários de serviços de Internet sobre diversos aspectos relacionados à sua privacidade. Ser corretamente informado é um dos mais importante direitos conferidos aos consumidores em geral, para que, munidos da devida ciência sobre os fatos relativos aos produtos e serviços disponíveis no mercado, possam bem exercer o seu direito de escolha e decidir pela sua contratação ou não. No inciso VI, é assegurado o direito do usuário de obter "*informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet (...)*". No inciso VIII, determina-se a prestação de "*informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais (...)*".

Mais importante do que isso são as restrições contidas no Marco Civil a respeito da coleta e tratamento dos dados pessoais, regras que mereceriam ser objeto de uma lei mais ampla sobre a formação de bases de dados pessoais que abrangesse também as relações estabelecidas *offline*.[61] O inciso VII segue a orientação que defende a necessidade de autorização do titular para o fornecimento a terceiros dos dados coletados, acrescentando que tal consentimento seja "*livre, expresso e informado*". Também exigem consentimento expresso e de forma destacada das demais cláusulas contratuais os atos de coletar, usar, armazenar e tratar dados pessoais, segundo disposto no inciso IX. O inciso VIII, já mencionado acima, também limita o uso dos dados pessoais para finalidades que, segundo as alíneas que lhe seguem: "*a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet*".

Ainda entre essas disposições gerais do art. 7º, é assegurado no inciso X o direito

à "*exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei"*, hipóteses essas que serão analisadas a seguir.

Por último, o art. 8º, §ún., I, também contém norma voltada à proteção da privacidade, embora o texto mereça algumas considerações críticas. Tal dispositivo comina de nulidade as cláusulas contratuais que "*impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet"*. Como já afirmado anteriormente, o *caput* do art. 8º apresenta texto um tanto confuso e sem sentido, o que traz dificuldades interpretativas a respeito também do parágrafo e seus incisos. Não é possível inferir, pelo *caput* e seu parágrafo único, de que contratos fala a Lei. É medida de segurança usual e recomendável filtrar e controlar o tráfego em redes internas ou sua conexão com a Internet, de modo não se pode esperar tal vedação em ambientes de trabalho em geral, até mesmo para se coibir o vazamento de informações sigilosas, tanto nas esferas públicas como privadas. E o parágrafo como um todo comete exageros, ao dar contornos de ordem pública a um direito que é essencialmente disponível. Ademais, considerando a própria dificuldade em se delimitar a privacidade, torna-se igualmente complexo estabelecer até que ponto uma cláusula contratual viola o direito a ela, a ponto de merecer, segundo determinado pelo parágrafo ora examinado, ser considerada nula de pleno direito. O tema se torna especialmente mais complexo porque a publicidade na Internet praticamente opera mediante alguma forma de análise de dados recebidos ou transmitidos, de modo que os anúncios exibidos sejam escolhidos segundo o tema provável da comunicação. Creio que a melhor forma de proteção dos usuários é informá-los adequadamente sobre o funcionamento de tais mecanismos e acerca de como possam evitá-los, caso se importem com tais práticas de coleta e tratamento dos dados. Desse modo, para o estabelecimento de comunicações privadas, que os interlocutores protejam as mensagens com o uso de criptografia forte, mesmo porque, como já esclarecido, o tráfego na Internet implica a passagem dos dados por inúmeros nós, entre a origem e o destino. Ao enviar uma mensagem de correio eletrônico, por exemplo, não se usa apenas os serviços de comunicação contratados pelo remetente e pelo destinatário, de modo que soa inútil como proteção da privacidade preocupar-se o legislador somente com essas relações. Nesse aspecto, nada supera a instrução dos usuários sobre certos meandros da tecnologia, para que saibam como proteger suas próprias comunicações

privadas.

Muito se pode indagar acerca da efetividade dessas normas gerais, especialmente no que toca à identificação e prova de sua violação, ou quanto às sanções cabíveis em caso de infração. De todo modo, trata-se de questão ainda bastante nova, que certamente será melhor delimitada conforme surjam casos concretos em torno do tema. O usuário, por certo, tem direito de exigir a abstenção específica dessas condutas proibidas e de ser reparado caso sejam praticadas pelos provedores contratados, podendo, para tanto, valer-se dos meios judiciais cabíveis. É oportuno registrar que, segundo o art. 30, "a defesa dos interesses e dos direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei". Isto significa, pois, que a violação dessas regras protetivas da privacidade também pode ser objeto de ação judicial para a defesa de interesses coletivos ou difusos.

3.3. Proteção aos registros, dados pessoais e às comunicações

A partir do art. 10, o Marco Civil traça regras mais específicas sobre a proteção da privacidade. Mas o caput desse artigo não escapa das críticas gerais feitas a essa Lei: é mais um texto prolixo e redundante. Diz o texto que *"a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas"*. As regras gerais dos artigos anteriores, acima examinadas, já o diziam. Nos parágrafos desse artigo encontramos regras mais precisas e específicas.

Reconhecendo, mais uma vez, a necessidade do controle jurisdicional, o §1º estabelece que o provedor só será obrigado a apresentar dados pessoais ou outras informações que identifiquem o usuário mediante ordem judicial. Já o §2º, embora contenha regra igualmente oportuna, não passa de mera repetição, com outras palavras, do que já constava do art. 7º, II, III. O conteúdo das comunicações privadas só pode ser obtido por outrem mediante ordem judicial, e a regra se aplica tanto à interceptação do fluxo da informação, como da apreensão de arquivos que posteriormente mantenham armazenada a comunicação. Como visto acima, há que se fazer diferenciações entre uma e outra situação, dadas as limitações constitucionais à interceptação da comunicação, que só se admite na esfera penal, nos limites da lei específica

sobre a matéria.

No §3º, cria-se ressalva à necessidade de ordem judicial, que deve ser compreendida pelo que literalmente diz. Sendo norma que excepciona direitos, sua interpretação deve ser restritiva. Estabelece esse parágrafo que *"o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço"* é autorizado *"às autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição"*. Assim, em primeiro lugar, a norma dá esse acesso, sem prévia ordem judicial, somente às informações descritas no texto, vedada qualquer interpretação que acresça ao rol outros dados. Em segundo lugar, deve o órgão ter competência legal para requisitar tais dados, o que só se pode compreender como uma previsão legislativa expressa e inequívoca para a obtenção desses mesmos dados junto a provedores. De certo modo, o texto soa um tanto quanto inútil, pois, sendo o Marco Civil uma mera lei ordinária, bastaria que outras leis atribuíssem essa competência ao órgão administrativo, observados, evidentemente, os limites constitucionais de proteção da privacidade.

O §4º reza que *"as medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais"*. Assegura, pois, mais um direito do usuário ao recebimento de informações adequadas, agora tratando das medidas e procedimentos de segurança e sigilo. De outro lado, a lei remete mais uma vez para um regulamento a ser editado, com a definição dos padrões de segurança a serem observados. Mas, diferentemente do que foi dito no art. 9º, §1º, neste caso agora examinado a Lei não foi expressa quanto a qual seria o órgão competente para definir o regulamento. Mesmo assim, a Presidência da República, por meio do mesmo Decreto nº 13.105/2015 que regulamentou a neutralidade da rede, também se pôs a traçar os padrões de segurança mencionados neste §4º. Reitero que um mero regulamento não pode criar novos direitos, deveres e obrigações a terceiros, mas tão somente regrar a forma de *execução* da lei pelos órgãos públicos. Neste sentido, vê-se que o regulamento extrapolou essas limitações, atribuindo novos deveres aos provedores, como os previstos no seu art. 13, que lhes impõe a observância dos seguintes "padrões":

> *I - o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso*

exclusivo para determinados usuários;

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

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

IV - o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes.

A própria ideia de se estabelecer procedimentos técnicos em regulamento Presidencial já soa um tanto quanto pretensiosa, se também não podemos dizer burocrática, ou mesmo tola, diante das muitas opções e constante evolução da tecnologia, ou dos diversos cenários em que essas regras possam vir a ser aplicadas. Melhor teria sido se o legislador se resumisse a definir na lei quais tipos de dados devem ser protegidos, impondo restrições à formação das bases e deveres gerais de proteção quando os dados forem armazenados. A violação desses deveres, evidentemente, importa na responsabilidade pela reparação dos danos causados, além de ser possível obter a observância específica das obrigações de fazer ou não fazer correlatas com a guarda dos dados. Descer a minúcias técnicas, mesmo em regulamento, parece-me um exagero desnecessário e, especialmente, pouco dotado de efetividade prática, além de poder atentar contra outros valores que o próprio Marco Civil diz querer proteger, como o estímulo à inovação, a pluralidade e diversidade de situações que a Rede proporciona, ou a própria liberdade de nela atuar.

O art. 11 traz regras sobre a aplicação da lei brasileira no espaço, o que já foi objeto de minha crítica em tópico anterior.[62]

No art. 12, são definidas sanções aplicáveis às violações dos arts. 10 e 11, que podem ser cumuladas a outras de cunho civil, criminal ou administrativo, conforme o caso:

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

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

> *II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;*
>
> *III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou*
>
> *IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.*

Como está dito expressamente no *caput* do art. 12, essas sanções previstas nos seus incisos decorrem tão somente da violação ao disposto nos arts. 10 e 11. Noutras palavras, tratando os dois primeiros artigos dessa seção da proteção da privacidade dos usuários, as sanções previstas no art. 12 decorrem de atos que atentem contra aquela, ou, mais especificamente, do desrespeito à proteção dos dados privados coletados e armazenados.[63] Essas sanções não são gerais, nem são cominadas na Lei como reprimenda aplicável a outros comportamentos quaisquer, mas, dada a sua severidade, incidem somente quando a privacidade for violada por aqueles que detêm a guarda dos registros de conexão e de acesso, de dados pessoais, ou de registros da comunicação. Esse é o relevante bem jurídico que se quer proteger em toda esta seção da Lei, e sua categorização como um direito fundamental e protegido constitucionalmente justificam medidas repressivas mais duras como as previstas nesses incisos.

O crescente rigor das sanções, que vão se agravando de inciso a inciso, supõe que devam ser aplicadas gradativamente na ordem em que se encontram, passando-se para a medida repressiva seguinte em caso de persistência no ilícito. Assim, somente após uma prévia advertência, e do descumprimento das medidas conjuntamente determinadas, é que se pode, inciso a inciso, aplicar as demais sanções previstas neste artigo. Note-se que, nos incisos III e IV, determina-se a suspensão ou proibição das atividades descritas no art. 11, isto é, a *coleta, armazenamento, guarda e tratamento* dos dados privados.

3.4. Do trato dos registros de conexão e de acesso a aplicações

Diante da especificidade do tema, o Marco Civil dedica três Subseções, dentro desta mesma Seção, para normatizar o trato de registros de conexão e acesso. Enquanto, como dito anteriormente, a proteção de dados pessoais é tema muito mais amplo, que abrange situações da vida ocorridas tanto *online* quanto *offline*, registros de conexão e acesso são fatos tipicamente ligados ao uso da Internet.

O art. 5º do Marco Civil apresenta definições para essas situações fáticas entre os seus incisos V a VIII. Vejamos, em primeiro lugar, as explicações dadas pela lei acerca da conexão e seus registros:

> *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;*
>
> *VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;*

O ente que proporciona conexão à Internet, como as empresas de telecomunicação que fornecem acesso fixo ou móvel à rede, guardam em seus registros as informações descritas nesse inciso VI. Em poucas palavras, tais informações permitem associar a um dos clientes da empresa – o titular de linha móvel ou de conexão por cabos ou fibras óticas, por exemplo – os endereços IP que utilizou e por qual período de tempo o utilizou, com dia e hora do início e fim da conexão. Esses dados são os chamados *registros de conexão*.

Nos incisos VII e VIII, são definidas as expressões "*aplicações de internet*" e "*registros de acesso a aplicações de internet*":

> *VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e*
>
> *VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.*

Parece mais adequado dizer que aplicação de Internet – no singular – é *cada um* dos muitos serviços acessados pela Internet, já que tratar do tema no coletivo, como o *conjunto* de funcionalidades, parece significar tudo aquilo que, ao mesmo tempo, está disponível *online*, o que não tem muita utilidade prática. Tanto que, no inciso seguinte, fala-se delas no singular. Enfim, cada serviço disponível na Rede, para os fins desta lei, é genericamente chamado de *aplicação de internet*. Como visto,[64] ao acessar um serviço desses, é enviada pelo usuário uma solicitação, por meio de um pacote de dados, contendo necessariamente o endereço IP do terminal deste usuário, pois, do contrário, o servidor que proporciona a aplicação não teria como lhe responder nem enviar as informações por ele desejadas. Feita essa solicitação, pacotes de dados são enviados pela aplicação para o endereço IP do solicitante. O *registro de acesso*

de aplicações, portanto, refere-se a um registro que guarde a data e horário em que uma aplicação foi utilizada, bem como o número do endereço IP do terminal do usuário que a solicitou.

O cruzamento desses registros – também conhecidos pelo jargão inglês *log* – permite, a princípio, fazer algumas associações. Sabido, por exemplo, a partir dos *registros de acesso de aplicações*, que o sítio X foi "visitado" pelo endereço IP 1.2.3.4, pode-se localizar quem é o provedor de acesso titular desse endereço e, mediante seus *registros de acesso* identificar quem era o cliente que recebeu tal endereço na data e hora do acesso ao sítio X. É essa, enfim, a maneira de se rastrear as atividades realizadas *online* e identificar possíveis infratores.

Sem pretender desenvolver aqui uma apresentação mais aprofundada da prova por meios eletrônicos, importa, em breves palavras, dizer que tais *logs* não passam de meros indícios, dadas as suas inerentes fragilidades ou sua suscetibilidade a manipulações. A título de exemplo, um fraudador que tenha acesso privilegiado ao sistema de um sítio de Internet (porque é o seu próprio administrador, a cometer uma fraude interna, ou porque, mediante violação da segurança, obteve poderes de administrador) pode igualmente lograr fraudar esses *logs*, neles registrando um falso acesso por usuário externo que, de fato, não aconteceu. Com isso, pode simular como alheia uma atividade sua ou de outrem, como, por exemplo, a hospedagem de fotografias de pornografia infantil, ou uma contrafação qualquer. Não são, pois, tais registros, uma expressão infalível e inatacável da verdade, mas se constituem, talvez, o único meio de se iniciar uma busca por eventuais responsáveis pela prática de ilícitos na Internet. Podem ser comparados àquele indício inicial, insuficiente para maiores conclusões, mas que permite começar uma investigação: algo análogo a uma pegada deixada na lama do jardim, a fios de cabelo caídos na varanda, ou a uma arma encontrada nas proximidades do local do crime. Seguidas as pistas, podem ou não ser encontrados outros elementos de prova que esclareçam e convençam sobre a autoria e materialidade do ilícito investigado, mas, em caso negativo, soa absurdo fundamentar uma decisão judicial – especialmente uma condenação criminal, se é um crime que se apura – com base em meros registros digitais como esses, voláteis e manipuláveis.

O art. 13, então, dispõe sobre a guarda dos *registros de conexão*, prevendo, desde logo, no *caput*, o dever dos prestadores de serviços de conexão de mantê-

los armazenados pelo prazo de um ano. Havia em nosso país longa discussão sobre a obrigatoriedade ou não dos provedores de acesso de manter desses *logs*, discussão essa que se arrasta desde o tempo em que imperavam as conexões discadas, lá pelo final anos 90. Como, naqueles anos distantes, os provedores de conexão por linha discada cobravam por tempo de acesso, tais registros compunham seus mecanismos de apuração da receita e cobrança do cliente pelo serviço utilizado. Uma vez pago o serviço e não havendo divergência com o cliente sobre a cobrança, tais registros eram descartados de acordo com a conveniência de cada provedor, eis que o volume de tais dados exigia uma grande capacidade de armazenamento, e isso causava constantes querelas com os órgãos de repressão ao crime. Em 2000, a Comissão de Informática da OAB-SP, em trabalho desenvolvido com outras entidades, elaborou um anteprojeto de lei voltado para regular essas questões, determinando, basicamente, qual seria o tempo mínimo de guarda obrigatória desses registros, quais dados deveriam ser mantidos, bem como estabelecendo o necessário controle jurisdicional prévio sobre os pedidos de exibição desses dados. Todavia, a proposta, que resultaria no Projeto de Lei nº 3.891/2000 da Câmara dos Deputados, não obteve àquela época suficiente apoio para seguir adiante.

Finalmente promulgou-se uma lei que dispõe com clareza por quanto tempo os provedores de acesso têm o dever de guardar esses registros de acesso: um ano. Trata-se, de acordo com o §1º do art. 13, de um dever próprio e intransferível a terceiros.

Deve-se destacar também que o Marco Civil veio a definir precisamente como esses registros podem ser requisitados. Para resguardo da privacidade individual, é necessária ordem judicial para obtenção dessas informações, nos termos do art. 10, §1º, acima comentado, o que é reiterado nos §§ 3º e 5º do art. 13.

Mas, para também dar efetividade do combate ao crime, equilibrou-se essa necessidade da ordem judicial com a possibilidade, dada às autoridades policial e administrativa, ou ao Ministério Público, e prevista no §2º, de "*requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput*", assegurando, com isso, a preservação desses registros até que seja obtida a ordem judicial. Assim, evita-se que, pelo tempo eventualmente necessário para a obtenção do mandado, registros relevantes para a investigação sejam apagados. As palavras desse parágrafo podem induzir o intérprete a erro, pois ao dizer "*requerer cautelarmente*" pode parecer que a Lei se referiu a uma

medida cautelar judicial, o que não faria sentido. Esse pedido "cautelar", na verdade, é um mero requerimento feito pelas autoridades legitimadas diretamente ao próprio provedor, especificando quais registros devem ser mantidos, até que seja formulado e, eventualmente, deferido o pedido judicial de exibição, que deverá ser apresentado em juízo dentro de 60 dias. É o que se infere da primeira parte do §4º, que diretamente atribui ao responsável pela guarda dos registros o dever de manter em sigilo o pedido de preservação "cautelar", a sugerir que tal pedido foi direcionado ao provedor.

Não havendo na Lei outras condições, tal pedido deve consistir apenas em uma manifestação objetiva da autoridade requisitante, especificando quais registros devem ser preservados, não sendo necessária qualquer fundamentação fática mais específica para, neste primeiro momento, justificá-la.

Torna-se possível, assim, preservar um ano de registros anteriores à data dessa solicitação, mais os registros que se acumularem até a decisão judicial e os que forem produzidos após esta, se assim determinado pelo magistrado. Evidentemente, por guardar por "prazo superior", só se pode entender a obrigatoriedade de preservação daqueles registros que ainda não foram apagados, isto é, aqueles datados de até um ano do recebimento da requisição direta prevista no §2º.

Essa fórmula encontrada pelo Marco Civil merece aplausos, pois equilibrou adequadamente a preservação dos direitos individuais com a presteza necessária em preservar as informações que possam levar ao esclarecimento de crimes cometidos por meio da Internet. Evidentemente, cabe ao solicitante apresentar em juízo, para instruir o pedido de obtenção dos registros, ao menos algum indício do ilícito, como começo de prova, que justifique a decisão de quebra do sigilo, cabendo ao juiz deferi-lo ou recusá-lo à vista dos elementos apresentados.

Feito o pedido de preservação dos *logs*, cabe ao provedor executá-lo em sigilo, conforme previsto no §4º. E, se a posterior decisão judicial indeferir o pedido de exibição dos registros de acesso, ou o pedido não for apresentado em juízo em até 60 dias do requerimento de preservação dos dados, cessam os seus efeitos, voltando o provedor a ficar legalmente desobrigado de manter os dados anteriores a um ano.

Fechando essa subseção, o §6º do art. 13 dispõe que "*na aplicação de sanções*

pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência". O texto é curioso, porque estabelece critérios para ponderar as sanções aplicáveis pelo descumprimento deste artigo, sem dizer que sanções seriam essas, que não se encontram previstas em lugar nenhum do Marco Civil. E nem cabe prevê-las em mero regulamento, em virtude do princípio da legalidade.

Iniciando uma outra subseção, a segunda desta seção voltada à proteção da privacidade, o breve e direto art. 14 trata "*da guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de conexão"*. O texto, na verdade, se resume a proibir a criação de tal registro, dispondo esse artigo que "*na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet"*. Pelo provedor de conexões, ao qual o usuário está diretamente conectado, trafegam todos os pacotes de dados que este recebe e transmite. Como visto ao apresentar o princípio da neutralidade,[65] é tecnicamente possível examinar o conteúdo desses pacotes em cada "nó" da rede, o que, claro, inclui o provedor que presta serviços de conexão. Sendo assim, esse provedor tem meios técnicos de, conhecendo essas informações, criar bases de dados que cadastrem quais sítios foram visitados, quais informações foram solicitadas, quando o foram, por quanto tempo. Ora, um cadastro como esse se constitui em uma insuportável invasão de privacidade dos usuários, sujeitando-os a uma vigilância constante e centralizada por parte dos provedores acerca de cada atividade efetuada *online*, o que motivou o legislador a simplesmente proibir a criação de registros tais. Essa é mais uma disposição importante, que limita as atividades de quem provê acesso à Internet, com o fim de assegurar a liberdade e a privacidade dos usuários.

Os artigos 15 a 17 compõem a terceira subseção, esta voltada à guarda dos registros de acesso a aplicações pelos próprios provedores dessas aplicações. Temos aqui regras similares às do art. 13, mas com o cuidado de observar as peculiaridades dessa outra situação fática.

Em primeiro lugar, considerando a variedade praticamente indeterminável dessas muitas *aplicações* – qualquer sistema, enfim, que, conectado à Internet, esteja proporcionando algum serviço acessível pela rede – o dever de guardar os *logs*

de acesso foi imposto somente ao "*provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos"*, o que já traz, em si, os primeiros problemas interpretativos.

O art. 5º, VII, definiu o que se entende, no âmbito desta lei, por *aplicações de internet*, mas não define quem seria considerado o seu *provedor.* Diante da existência de serviços de hospedagem (*hosting*), por exemplo, quem seria considerado o provedor de aplicações? Por essa modalidade de contrato, alguém, que detém equipamentos e sistemas conectados à Internet, já dotados de configurações mínimas voltadas ao oferecimento de serviços, como direcionamento de nomes de domínio, servidor *web*, servidor de bancos de dados, interpretador de algumas linguagens de programação, entre outros, disponibiliza o uso dessa infraestrutura para hospedar dados e aplicações de terceiros, que com ele contratam, de modo que estas "páginas" possam ser acessadas pela rede mundial. Quem seria o provedor de aplicações, neste caso: aquele que presta serviços de *hosting* e detém a infraestrutura, ou o que nela apresenta informações e eventualmente instala novas aplicações? Isso não está claro no texto legal. Ao menos para o fim de definir quem seria obrigado a guardar os registros de acesso, parece ser mais prudente assumir que tal dever cabe ao provedor da infraestrutura, mesmo porque tem ele condições técnicas de filtrar as informações que por ela trafegam, e costuma ter o controle sobre os registros gerados pelos programas de computador que atuam como servidores *web* ou de banco de dados. Ademais, este sujeito também se encaixaria na delimitação restritiva deste art. 15, eis que, se é pessoa jurídica e contrata serviços de hospedagem, está desempenhando uma atividade empresarial. Aliás, esta é a interpretação razoável que se extrai do art. 15, acerca de quais dos provedores de aplicações estariam submetidos à exigência nele imposta. Foram aprioristicamente excluídas as pessoas naturais, somente pessoas jurídicas estão sujeitas à regra, mas nem todas elas. Parece despropositado o emprego da palavra "profissionalmente", pois são pessoas físicas que exercem profissão. É de se supor que, em seu lugar, o legislador tenha desejado se referir às pessoas jurídicas que disponibilizem aplicações de Internet em caráter *empresarial*, com fins econômicos, sendo essas as que estariam sujeitas ao dever legal de guardar os registros de acesso respectivos.

O art. 15 ainda pode gerar mais uma dúvida interpretativa: estariam todas as

pessoas jurídicas de natureza empresarial sujeitas ao aludido dever? Também não. O artigo ainda restringe a incidência da norma às empresas que exercem *essa atividade* (a provisão de aplicações) de forma organizada. Uma loja de móveis, por exemplo, que, aproveitando de sua conexão à Internet, ponha seus próprios computadores para operar como um servidor *web*, não desempenha *essa* atividade tecnológica de forma organizada, nem habitual, ainda que possa com ela colaborar para seu negócio principal (o comércio de mesas, cadeiras, armários). Com o avanço da chamada Internet das Coisas, espera-se uma proliferação de dispositivos variados que estarão acessíveis pela rede, muitos dos quais pertencerão a empresas, mas será um exagero enquadrar todas essas situações na hipótese de obrigatoriedade de manutenção dos *logs*. A intenção do art. 15, ao que tudo indica, foi a de restringir essa obrigação às empresas de tecnologia que prestam serviços pela Internet, e que supostamente detêm suficiente expertise técnica para promover a criação desses registros, bem como sua guarda segura, que também é exigida pelo mesmo dispositivo legal. A quem mal sabe como as coisas funcionam e amadoristicamente logrou ativar uma aplicação qualquer de Internet, não é de se esperar nem conhecimento técnico para produzir os registros desejados, muito menos sua proteção adequada, lembrando-se que objetivo central de toda esta seção é a preservação da privacidade individual.

No mais, portanto, pessoas físicas ou pessoas jurídicas de natureza não empresarial, ou as de natureza empresarial que não tenham como atividade regular e habitual a própria provisão das aplicações estão isentas de cumprir esse dever descrito no art. 15, ao menos em caráter regular. Excepcionalmente e mediante ordem judicial, destes outros sujeitos pode-se exigir que comecem a guardar os aludidos *logs* de acesso às suas aplicações, "*desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado"*, conforme previsto no §1º do mesmo artigo. Considerando que serviços precariamente colocados *online* podem nem sequer estar produzindo esses registros, é lícito supor que a ordem judicial em questão deva, diante das peculiaridades observadas no caso concreto, fixar prazo razoável para o início da coleta dos dados. Note-se, também, que o §1º em questão não obriga o provedor de aplicações a guardar os dados de forma segura, mesmo porque, pelas razões já apresentadas, não se pode impor a ele a execução de tarefas técnicas que não saiba como implementar. Daí, também por essa razão, os registros devem se restringir o mais possível ao necessário, o que também justifica a referência do

texto legal a "*fatos específicos em período determinado*".

Quanto aos demais parágrafos do art. 15, são repetidas as disposições do art. 13. As informações só poderão ser obtidas mediante ordem judicial, conforme previsto no §3º. De acordo com o §2º, as autoridades policial ou administrativa, bem como o Ministério Público, podem igualmente fazer a requisição "cautelar" diretamente ao provedor de aplicações, para preservação provisória dos registros, até que seja proferida a decisão judicial, determinando-se expressamente a aplicação das disposições dos §§ 3º e 4º do artigo 13. Note-se que, segundo esse mesmo §2º, essa requisição cautelar e extrajudicial pode ser solicitada a *qualquer* provedor de aplicações de internet, o que, portanto, atinge tanto os provedores delimitados pelo *caput* do artigo como os demais; mas, nesta segunda situação, deve ser concedido prazo razoável para o início da coleta dos dados de acesso, conforme as peculiaridades fáticas e técnicas do caso concreto, como acima exposto. E o §4º repete o mesmo texto duvidoso do §6º do art. 13, isto é, estabelece critérios para a ponderação da sanção sem que haja previsão de quais seriam as sanções aplicáveis ao descumprimento das disposições do art. 15.

Tendo em vista a preservação da privacidade individual, objetivo que orienta toda essa seção da lei, são fixados no art. 16 alguns limites à formação de registros por parte dos provedores de aplicações. Assim, considera-se vedada a guarda:

> *I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou*
>
> *II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.*

Para finalizar, o art. 17 dispõe que "*ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei, a opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de internet não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros*". O texto refere-se aos provedores de acesso que não têm a obrigação de guardar tais *logs*, isto é, aqueles que não se encaixam no perfil definido no art. 15, aos quais a manutenção de tais registros de acesso é opcional. Diante disso, a falta dos registros não pode implicar sua responsabilidade civil por atos de terceiros, usuários desses mesmos serviços. É de se mencionar que, mesmo para os que tenham o dever de ordinariamente manter tais registros, não parece

possível, diante do descumprimento, impor diretamente a responsabilidade pelos danos causados pelos usuários do serviço. Simplesmente não há regra legal nesse sentido, que torne o provedor de aplicações responsável, solidária ou subsidiariamente, com o causador do ilícito, e o inciso VI do art. 3º é claro ao definir como princípio geral a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, não se podendo, em termos gerais, falar na sua responsabilidade por fato de terceiro. A responsabilidade por fato de terceiro é prevista nos arts. 19 e 21, mas as razões que a autorizam não incluem a falta de registros de acesso.

4. Da requisição dos registros em processo civil

Os arts. 13 e 15, como visto nos subtítulos anteriores, estabelecem o dever de guarda, respectivamente, de registros de conexão e acesso, prevendo os meios pelos quais as autoridades poderão requerer sua preservação provisória e, por ordem judicial, sua exibição.

Mas tais registros também podem ser requeridos para a prova de fatos relativos a litígios não-penais. A interceptação do conteúdo das comunicações só é autorizada pela Constituição para a apuração de fatos relacionados à prova em processo ou investigação criminal. Esses registros, que apenas indicam quais terminais acessaram quais sistemas, não armazenam o conteúdo da comunicação, de modo que não é vedada a sua obtenção como prova civil.

Os arts. 22 e 23 autorizam o pedido de acesso a tais registros pela "parte interessada" tanto em processo civil como penal. O parágrafo único e seus três incisos definem os requisitos a serem preenchidos por tais solicitações:

> *Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:*
>
> *I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;*
>
> *II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e*
>
> *III - período ao qual se referem os registros.*

O art. 23 resume-se a determinar quo o juiz tome as providências necessárias para preservar o sigilo desses registros, o que inclui determinar o segredo de justiça nos processos. Considerando que a publicidade processual é regra, deve-

se impor o sigilo somente sobre as informações prestadas pelo provedor, como já se costuma fazer, por exemplo, quando são solicitadas informações fiscais da parte, a menos, evidentemente, que a própria causa já figure entre aquelas que tramitam inteiramente em segredo de justiça.

A medida prevista nesses dois artigos é tipicamente uma forma de exibição de documento em relação a terceiro, de modo que, no que couber diante do caso concreto, devem ser aplicadas as regras dos arts. 396 a 404 do CPC.

Capítulo VI - Deveres e responsabilidades dos provedores de acesso e de aplicações

1. Considerações iniciais

Ainda como parte do Capítulo III do Marco Civil, que trata da provisão de conexão e de aplicações de Internet, uma importante subseção dispõe sobre a responsabilidade dos provedores desses serviços, abrangendo os arts. 18 a 21. A novidade das questões relacionadas às novas tecnologias e à Internet produziu, nos últimos anos, as mais diferentes opiniões sobre a responsabilidade de empresas prestadoras de serviços de Internet, sendo bastante oportuna a iniciativa do legislador em tentar pacificar o tema com sua previsão em Lei, permitindo, assim, prever mais precisamente quais são os riscos desse tipo de negócio e evitando que paire insuportável insegurança jurídica nesse mercado inovador, que tem gerado tanta riqueza mundo afora. Ademais, essas questões podem repercutir diretamente nos direitos e na liberdade dos usuários de Internet.

Essa subseção da Lei contém tanto disposições materiais sobre deveres específicos dos provedores e sua responsabilização, como disposições processuais aplicáveis a tais questões, o que merece ser analisado em destaque.

2. Da responsabilidade dos provedores

Entre os princípios elencados no art. 3º, da Lei, encontra-se o inciso VI, que estabelece "*a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei*". De fato, a responsabilidade civil por fato de terceiro sempre teve caráter excepcional em nosso sistema jurídico, dependendo, para sua ocorrência, de alguma previsão legal. Quem desempenha atividade em si lícita, ainda que forneça os meios para que outrem haja em desconformidade com o Direito, não pode ser responsável por tais infrações. O fabricante de armas, por exemplo, não responde pelo uso ilícito efetuado pelo proprietário de um revólver. Não há razão para, aprioristicamente, se entender diferentemente as relações entre o provedor, seus usuários e terceiros que eventualmente se considerem lesados pela atividade exclusiva daqueles segundos.

Tratar a questão de modo diverso gera, de um lado, um aumento exagerado nos riscos desses negócios e, de outro lado, o que é mais danoso socialmente, uma tendência a excesso censório por parte dos provedores que, temerosos em ser diretamente responsabilizados, iriam proibir ou retirar do ar todo o tipo de conteúdo que minimamente parecesse infringir algum direito alheio. Essa é a tônica desses dispositivos do Marco Civil.

Assim, o art. 18 estabelece que "*o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros*". Trata-se da única e peremptória regra dessa seção que faz referência ao provedor de conexão. O texto desse artigo fala somente em conteúdo gerado por terceiros, mas considerados também o princípio do art. 3º, VI, e os demais preceitos que regem a responsabilidade civil em geral, parece claro que o provedor de conexão não é responsável por quaisquer atos praticados pelos terceiros que usam os canais de comunicação por ele fornecidos. Assim como companhias de telefonia não seriam responsáveis, por exemplo, pela extorsão que alguém cometesse por telefone, não se pode responsabilizar o provedor de conexão pelos ilícitos praticados pelos seus usuários.

Nos demais artigos da seção, a Lei se refere apenas ao provedor de aplicações.

Na primeira parte do art. 19, a Lei reconhece que o princípio geral da não responsabilização dos provedores por fato de terceiro é importante para assegurar a liberdade de expressão na Internet. Não quer o legislador que o provedor de aplicações seja colocado numa posição híbrida de arbitrador e ao mesmo tempo corresponsável pela infração eventualmente cometida por terceiros. Não é desejável que o provedor tenha um dever de decidir o que é ou o que não é ilícito, para o que muitas vezes seria necessário realizar uma investigação profunda acerca de fatos diversos e externos aos que foram praticados *online*, ou decidir sobre questões de direito, e menos ainda isso é desejável se esse "árbitro" puder ser considerado corresponsável pelo ilícito, caso decida equivocadamente. A tendência, nesses casos, para evitar o risco de responsabilização, seria sempre a de "decidir" pela retirada do conteúdo, pelo banimento do uso do aplicativo, pela supressão, enfim, dos possíveis direitos de manifestação do usuário. Não é por outra razão que os juízes de direito não são responsabilizados civilmente senão por dolo ou fraude[66] (e esta também supõe o dolo) preceito que aos árbitros[67] também se aplica: o julgador que respondesse

com seu patrimônio pelo mero erro involuntário ao julgar possivelmente tenderia a decidir sempre do modo que pudesse provocar os danos menos extensos, não deferiria jamais medidas constritivas ou que pudessem causar prejuízo a uma das partes, ainda que o outro litigante parecesse ter razão. Não soa adequado, portanto, que o provedor tenha que fazer juízos de valor sobre a licitude ou não das atividades de seus usuários, e ainda responder pela má aferição que fizer acerca da legitimidade dos interesses em disputa.

Assim, o art. 19, ao estabelecer limites que fazem nascer a responsabilização civil dos provedores de aplicações, está na verdade deslocando a questão para um outro eixo: o da desobediência a ordem judicial. Como diz o referido artigo, o provedor de aplicações só será responsabilizado *"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"*.

Não se trata, pois, de considerar o provedor como responsável civil, como se fizesse parte da relação material original entre a suposta vítima e o suposto causador do dano, ou como se fosse coautor do ilícito. A posição do provedor é aqui tratada como a de um mero terceiro ao litígio, a quem cabe dar execução à medida judicialmente decretada. Dadas as peculiaridades do fato informático, o cumprimento direto da determinação judicial pressupõe uma colaboração daquele que controla o sistema tecnológico de cujo uso nasceu o conflito, daí a Lei apontar o provedor como um responsável por executar a ordem. Pode-se compará-lo, nessa posição, a um registrador imobiliário, a quem o juiz pode ordenar a inclusão ou exclusão de registro na matrícula de um imóvel, mas que não é sujeito das relações jurídicas conflituosas envolvendo a propriedade dos bens a ele afetos, exceto evidentemente se o litígio decorrer de atos próprios praticados pelo registrador. Como o provedor é, via de regra, uma empresa privada, soa razoável impor sanção econômica pelo descumprimento da ordem, o que, no caso deste dispositivo, foi definida como a sua responsabilização pelos danos causados à parte em decorrência da desobediência. Sua responsabilidade, pois, decorre da infração que ele próprio cometeu ao não cumprir, "*no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado"*, o mandado judicial que lhe ordenou a retirada ou indisponibilização do conteúdo. Trata-se de responsabilidade autônoma, cuja extensão também deve ser definida independentemente da que possa ser atribuída ao causador do ilícito. Se, por

exemplo, houve um atraso injustificável, porém pequeno, na retirada do conteúdo, não se pode equiparar a extensão do dano causado por esta sua omissão específica à dimensão do dano total resultante da permanência desse conteúdo por semanas, ou meses, até que a ordem judicial fosse concedida. A responsabilidade do provedor deve ser definida no caso concreto mediante a aferição do nexo de causalidade entre a sua omissão e os prejuízos indenizáveis que dela decorreram, sejam eles morais ou materiais.

O importante dessa regra, insista-se, é reconhecer a inexistência do dever do provedor de *decidir* sobre a licitude ou ilicitude do material controvertido. Afinal, tem ele, na outra ponta, uma relação contratual com o sujeito que publicou aquele conteúdo, e pode vir a ser responsabilizado por não cumprir os termos desse contrato, o que provavelmente ocorreria se limitasse o uso ou removesse conteúdo que fosse posteriormente considerado lícito. E como o Marco Civil quer prestigiar a liberdade de expressão dos usuários das aplicações de Internet, essa solução descrita na Lei parece ser a mais adequada.

Como executor da medida, cabe ao provedor cumprir a ordem judicial. Se quem tem razão é o seu usuário ou o sujeito que se diz lesado, cabe ao juiz decidi-lo. Exige a Lei que esta decisão contenha "*identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material*", sob pena de nulidade, segundo disposto no § 1º do art. 19. Evidentemente, não se pode impor ao provedor o cumprimento de uma ordem de contornos indefinidos ou imprecisos.

Diversa é a regra prevista no art. 21. Tal dispositivo também se aplica ao "*provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros*", mas se refere a situação muitíssimo mais específica, isto é, quando o conteúdo controvertido se tratar "*de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*". O provedor não é, tal como na regra do art. 19, originalmente responsável pela publicação desse material ou pelos danos daí decorrentes; sua responsabilidade também surgirá da posterior omissão específica de não retirá-lo, quando solicitado. A diferença entre as duas regras situa-se na desnecessidade, neste caso, de ordem judicial, bastando notificação nesse sentido enviada pelo participante das cenas ou seu representante legal. Tal se justifica diante do caráter personalíssimo e profundamente íntimo das imagens e do imenso potencial danoso de sua

exibição pública. Recebida a notificação, cabe, então, ao provedor, "*promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo*", caso contrário será responsabilizado por essa sua omissão.

Por mais que a situação concreta prevista no art. 21 pareça ser objetiva, pois, afinal, tratam-se de cenas de sexo ou de nudez, facilmente identificáveis, nem por isso se pode dizer que o direito à remoção seja indiscutível. Da observação da realidade, o mais comum é mesmo a situação em que cenas assim foram dadas a público sem autorização da pessoa que delas participa, sendo de se supor que a pronta retirada do conteúdo irá solucionar a questão, pois quem o disponibilizou ou o fez de forma anônima, e nem aparecerá, ou não tentará insistir na manutenção das imagens. Mas, e se o pedido de retirada for indevido? Dois são os requisitos que legitimam esse pedido de retirada: que o solicitante seja partícipe das cenas, ou seu representante, e que aquele não tenha dado autorização para sua divulgação. Não cabe, pois, solicitar a retirada de imagens de terceiras pessoas, mas o que parece razoavelmente óbvio pode suscitar uma dúvida de natureza fática: como identificar os sujeitos que frequentam as imagens controvertidas, cuja retirada é solicitada? De outro lado, como saber se houve ou não autorização para sua publicação?

Diante da gravidade da publicação de conteúdo dessa natureza, que viola profundamente a intimidade das pessoas e abala sua imagem, talvez de modo irreversível, perante a sociedade (e há aqui mais uma relevante distinção entre privacidade e o seu círculo mais interno, a intimidade, tal como anteriormente assinalamos),[68] a melhor interpretação é que, diante da notificação para retirada de imagens de nudez ou sexo, seja presumida a boa-fé do solicitante em sua afirmação de que é partícipe das cenas e não autorizou sua publicação. E, assim, que o provedor providencie, ato contínuo, a indisponibilização do material de forma diligente, sob pena de arcar com a responsabilidade decorrente de sua omissão em atender tal pedido. Se o sujeito que publicou as imagens entender que falece ao solicitante o direito de pedir a retirada, a ele estarão disponíveis as vias judiciais cabíveis. Não é conveniente, igualmente, que se coloque o provedor na posição de árbitro da controvérsia, função que não lhe cabe nem por lei, nem contratualmente, pois seja o que dispõem os termos de uso do aplicativo, o terceiro exibido nas imagens, que não é usuário e, portanto, não aderiu a esse pacto, a ele não está submetido.

Do mesmo modo como previsto no art. 19, determina a Lei no art. 21 que a notificação para retirada contenha "*elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante"*, segundo previsão contida no parágrafo único deste dispositivo. Igualmente, não pode o provedor ser obrigado a cumprir pedido não suficientemente especificado. Diz, ainda, o parágrafo, que tal notificação deve trazer elementos para a "*verificação da legitimidade para apresentação do pedido"*. Neste segundo aspecto, convém não burocratizar demais a solicitação, pois a permanência das imagens ao acesso público eleva exponencialmente o dano conforme o tempo avança. Havendo pedido efetuado por representante, é esperada a demonstração dessa qualidade. No mais, a circunstância de ser o solicitante o partícipe das cenas envolve matéria de fato que pode não ser facilmente demonstrável documentalmente, ou que possa depender de exame muitíssimo minucioso nas imagens. Por isso, parece melhor presumir a boa-fé do solicitante que alega que seu corpo está ali em exibição e prontamente retirar as imagens, deixando que dúvidas fáticas como essas sejam resolvidas em um segundo momento, estando sempre aberta à parte contrária a possibilidade de ingresso em juízo.

3. Responsabilidade dos provedores pela violação de direito autoral cometida por terceiros

O legislador aparentemente não chegou a um consenso político suficiente sobre como dispor sobre a responsabilidade pela violação de direitos autorais em sítios da Internet, tratando do tema em apenas dois dispositivos, em que metaforicamente "lavou suas mãos", evitando enfrentar o problema no texto do Marco Civil.

Foi assim que, no §2º do art. 19, remeteu o pedido de retirada do conteúdo a "*previsão legal específica"*, como se lê em seu texto:

> *§ 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.*

E, até o momento, essa lei específica inexiste. As diretrizes finais previstas no texto acima transcrito são inúteis, pois não resta qualquer dúvida de que as leis ordinárias, esta e as que vierem, devem respeito a *todas* as normas

constitucionais, sendo absolutamente desnecessário dizê-lo aqui. O conteúdo normativo do texto resolve-se apenas na afirmação de que a violação a direito autoral não segue o disposto no Marco Civil. Nesse mesmo sentido, tem-se a norma transitória do art. 31, que diz:

> *Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.*

Assim, ao invés de enfrentar essa questão espinhosa acerca da eventual responsabilidade dos provedores pela infração a direito de autor, o legislador do Marco Civil nada disse de novo, deixando o problema sob a regência das regras já em vigor, ou por serem criadas.

A dificuldade, no caso, é que a Lei de Direitos Autorais não permite uma solução clara sobre essa questão. Não se trata, tal afirmação, de negar a eficácia da proteção autoral em nossa legislação ou nas convenções internacionais sobre a matéria, mas em tentar compreender qual é a natureza da participação dos provedores de aplicações em caso de eventual infração aos direitos de autor.

Diz a Lei nº 9.610/1998, entre as sanções civis impostas ao contrafator, que:

> *Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior.*

Isso quer dizer que, havendo reprodução ilícita da obra, seriam solidariamente responsáveis, por exemplo, a editora que o publicou, o distribuidor dos livros para o varejo e até mesmo o livreiro que os vende ou os expõe a venda. Mas, soa razoável indagar, seria igualmente responsável o *locador do imóvel* que abriga a livraria? E se uma gráfica vive exclusivamente de produzir contrafações, seu locador também arcaria com a responsabilidade pelas fraudes? Ora, não se cogita que a extensão da proteção autoral também atinja esses sujeitos, não obstante se possa dizer que também experimentem alguma vantagem financeira com o recebimento de locativos pagos pelo inquilino infrator.

Um provedor de aplicações que permite que terceiros se exibam na Rede desempenha uma atividade inovadora e, tal qual os muitos produtos e serviços

decorrentes das tecnologias digitais, sem precedentes anteriores com os quais se possa fazer comparações perfeitas. Na falta de leis específicas que rejam as novas situações decorrentes dessa evolução tecnológica, o melhor que se pode fazer ao interpretar as normas em vigor é tentar estabelecer analogias razoáveis com situações mais consolidadas. Nesse sentido, um provedor de aplicativos que hospede material de terceiros encontra, na realidade anterior, uma maior aproximação com a posição jurídica dos locadores em geral – locador de imóveis, locador de espaços em *outdoors*, locador de equipamentos – e é nesse sentido que sua responsabilidade por ato ou fato exclusivo dos seus locatários não pode ser, em regra, fixada.

Não parece, pois, que o provedor de aplicativos que simplesmente disponibilizou sua ferramenta informática para que terceiros publiquem informações na Internet pratique por si qualquer das ações previstas no art. 104 da Lei de Direitos Autorais. E não há, naquela Lei, previsão de responsabilidade por fato exclusivo de terceiro, com o qual o sujeito não tenha ao menos concorrido, como se dá nas ações descritas nesse art. 104.

Portanto, não obstante a controvérsia que essa questão tem largamente suscitado, o provedor de aplicações, que apenas disponibiliza suas ferramentas digitais para uso de terceiros, já não deve ser considerado responsável pela contrafação à luz do ordenamento então em vigor, porque não pratica por si nenhuma das atividades descritas no art. 104, sendo sua posição comparável tão somente à do locador do imóvel em que aquelas ações foram praticadas. E assim continuou a ser, diante da recusa do legislador do Marco Civil em enfrentar o tema com maior profundidade. Essa não é, em verdade, a melhor solução para a questão, pois teria sido oportuna a previsão legal de um sistema de retirada combinada com a responsabilidade pela omissão com ares próximos dos definidos nos arts. 19 e 21, mas adaptado às peculiaridades dos direitos autorais. Na prática, muitos dos provedores de aplicações definem em seus termos de serviço – que são contratos pactuados entre eles e seus usuários – que a violação de direitos autorais alheios é considerada uma infração, o que dá motivo para a pronta retirada do material ou até mesmo cancelamento da conta. Neste caso, aplicam-se as normas contratuais. Mas a situação presente no momento, enquanto não for editada a lei específica, é que o provedor não é responsável pela contrafação, embora, como aquele que tem os meios técnicos para executar a ordem judicial, possa ser ordenado a cumpri-la e retirar o material ilícito do seu sistema informático.

O ideal seria adotar um modelo intermediário entre as disposições dos arts. 19 e 21, que bem protegessem os direitos autorais. Parece necessário distinguir a violação total de uma obra de autoria identificável, situação que mais facilmente permite a pronta constatação da ilicitude de sua reprodução, de outras violações autorais em que a situação fática não se mostra suficientemente clara. Isto é, a reprodução pura e simples de um livro ou de um software com autoria identificável pode ser facilmente constatada como violação de direito autoral e, à semelhança da situação mais objetiva descrita no art. 21, deveria ser prontamente retirada pelo provedor, à vista de notificação diretamente enviada pelo autor. Certamente poderia haver controvérsia sobre a existência ou não de autorização para aquela publicação – na prática, porém, não é o que se observa nessas situações – o que não retira um razoável grau de objetividade na percepção da violação. Outra, porém, é a situação em que a violação decorre de plágio parcial da obra literária ou artística, ou de apropriação de algumas linhas de código de um programa de computador para o desenvolvimento de outro programa: não soa razoável que o provedor se coloque na linha de frente e seja obrigado a decidir pela ocorrência ou não da alegada violação, e pela permanência, ou não, do material arguido como ilícito. Neste caso, uma solução próxima da do art. 19 seria mais adequada, isto é, que o lesado busque as vias judiciais, caso em que o provedor simplesmente será obrigado pelo cumprimento da ordem de retirada. Em uma interpretação *contra-legem*, essa parece ser a solução mais adequada e razoável para essas situações, mesmo diante do que dispõe o art. 31 do Marco Civil.

4. Disposições processuais sobre o tema

Por fim, há nesta seção disposições de natureza processual.

O §3º do art. 19 atribui competência aos juizados especiais para "*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*". O texto não limita o valor da causa, à semelhança do que se observa no art. 3º, III, da Lei nº 9.099/1995. Portanto, não importa que o valor da causa supere o limite legal de competência dos juizados, bastando, para afirmar a competência desses órgãos, que a matéria objeto do litígio seja a descrita nesse dispositivo.

Na sequência, diz o §4º:

> *§ 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.*

Este é mais um dos textos inúteis da Lei em comento, pois praticamente se resume a repetir as palavras do revogado art. 273, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil anterior, que se encontrava em vigor quando da promulgação do Marco Civil. Neste aspecto, pode-se dizer que a nova lei processual e suas disposições sobre a concessão das tutelas de urgência ou de evidência (arts. 294 a 311, do CPC) se sobrepõem ao que diz esse parágrafo 4º. Esses são, agora, a forma e os requisitos para a obtenção das *antecipações de tutela*. O legislador do Marco Civil apenas acrescentou neste §4º, como ponto a ser analisado pelo magistrado ao apreciar o pedido de antecipação de tutela, um suposto, indefinido e inexplicado "*interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet*". Não cabe ao legislador coletivizar o litígio envolvendo interesses individuais. Se direitos da personalidade de alguém foram violados por outrem, não pode haver interesse "da coletividade" algum na solução dessa questão. Não assiste à coletividade qualquer interesse legítimo em manter disponíveis *online* violações perpetradas contra pessoas comuns, como a indevida exposição de sua imagem, de seus extratos bancários, ou das obras de sua autoria publicadas em contrafação, ou ainda de cenas calorosas de sexo cuja divulgação não foi autorizada. Pode-se dizer que o cumprimento das leis em geral é sempre um interesse da coletividade; mas cumpri-las pressupõe dar razão e proteção àquele quem tem o direito. Aparentemente, o legislador pretendeu introduzir na discussão dessas questões relativas à retirada de conteúdo um exame sobre a liberdade da expressão, que sem dúvida é um interesse da coletividade. Mesmo assim, ou a divulgação do conteúdo controvertido encontra-se amparada pela liberdade de expressão de quem o publicou, havendo, portanto, um direito seu a publicá-lo, ou, então, não cabe invocar "interesse da coletividade" algum em sua defesa. Isto é, em qualquer hipótese, a questão se resolve pelo reconhecimento, ou não, naquele caso concreto, de a publicação estar amparada pela liberdade de expressão, com os contornos que lhe são próprios.

No art. 20, lê-se:

> *Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.*

Nem sempre o autor da ação tem ciência da identidade daquele que publicou o conteúdo controvertido, cuja retirada é demandada em juízo. O art. 319, §1º, do novo Código de Processo Civil, expressamente dispensa o autor de informar todos os dados pedidos no inc. II do mesmo artigo, que enumera o nome e qualificações das partes, quando tais dados não forem de seu conhecimento. E o §2º vai além, ao dizer que "*a petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu*". Com isso, pode o réu não ser determinado na petição inicial, desde que sejam fornecidas informações suficientes que permitam identificá-lo posteriormente. É assim que pode ser réu alguém não nominado nem identificado na peça vestibular, mas que possa ser individualizado uma vez proposta a ação, como, por exemplo, ao apontá-lo na inicial como um usuário identificável de um desses serviços de Internet.

De todo modo, mesmo que o réu não possa ser identificado, é possível dar efetividade às decisões judiciais mediante expedição de ordem a ser cumprida pelo provedor que oferece o serviço utilizado pelo réu, como já comentado ao longo deste Capítulo. A princípio, o juiz pode e deve solicitar ao provedor o fornecimento dos dados cadastrais do réu, que permitam realizar sua integração no polo passivo da demanda, bem como efetuar sua citação. Mas é possível, diante da simplicidade e informalidade desses serviços de Internet, que esses dados não existam em poder do provedor, cabendo a ele, então, comunicar ao réu, pelos canais internos do serviço fornecido, as informações previstas nesse art. 20. Cientificado e tendo interesse em se defender, o réu poderá se apresentar nos autos do processo. Não sendo possível a identificação do réu, nem por isso o feito deixará de prosseguir. A existência de réus incertos no processo é prevista no CPC, tanto que dispõe o seu art. 256, I, que a citação nesse caso será feita por edital. Quanto ao mais, o processo seguirá normalmente, observadas as demais disposições da lei processual aplicáveis quando o réu é citado por edital. Uma possível abreviação da causa, nesses casos, pode decorrer da estabilização da tutela antecipada, agora prevista no art. 304 do novo CPC, quando não houver recurso da parte adversa contra sua concessão.

Por fim, o parágrafo único do art. 20 prevê que, em sendo deferida a ordem judicial de supressão do conteúdo, o réu poderá pedir ao "*provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos*" para que o conteúdo retirado seja substituído pela "*motivação ou pela ordem judicial*" que a determinou. Como se depreende do texto, provedores de aplicações que não se encaixem no perfil descrito no parágrafo não são obrigados a apresentar essa informação substitutiva. Por sua vez, não há outros requisitos para que esse pedido seja atendido, sendo ele um direito do réu sempre que o conteúdo for retirado na forma prevista nesta seção.

Capítulo VII - Liberdade de expressão

1. Considerações iniciais

A defesa da liberdade de expressão na Internet é princípio que inspira boa parte das disposições contidas no Marco Civil. E, à parte as críticas feitas a seus problemas de redação excessivamente prolixa, redundante e às vezes confusa, um dos seus maiores méritos, que justificam a sua promulgação, encontra-se na defesa da liberdade de expressão *online.* A locução aparece cinco vezes na Lei, nos arts. 2º, 3º, I, 8º e 19, tanto em seu *caput* como no §2º, dispositivos esses que já foram comentados nos capítulos anteriores deste livro. Além disso, a orientação seguida pelo legislador, de não responsabilizar os provedores em decorrência de atos praticados pelos seus usuários, é nitidamente voltada a preservar a liberdade de expressão, pois, como já dito,[69] sua corresponsabilização nesses casos os tornaria diretamente interessados em agir como ferozes censores de tudo quanto fosse publicado por meio de seus serviços.

Apesar de a preocupação com a proteção da liberdade de expressão permear os principais dispositivos trazidos por essa Lei, e tal garantia constar duas vezes, nos arts. 2º e 3º, entre as normas fundamentais que a orientam, não há muito mais, na lei, a ser comentado a respeito do tema. A razão pela qual este livro dedica este breve capítulo final para tratar da liberdade de expressão é muito mais uma decorrência da importância que ela merece no contexto sócio-político do que da existência de disposições legais específicas a serem comentadas ou interpretadas em seu sentido e extensão.

A liberdade de expressão é um tema de significado muito mais político do que jurídico. É considerada, pelas democracias, um importante direito fundamental, não apenas porque poder expressar-se é uma condição inseparável da inteligência e da personalidade humanas, mas também porque é pela garantia da liberdade de expressão que a sociedade se torna capaz de controlar o exercício do poder e combater más práticas cometidas por agentes públicos. Não é outro o motivo de tais liberdades não serem toleradas nos regimes totalitários, em face dos quais toda forma de confrontação ou divergência de ideias é sempre severamente reprimida.

A liberdade de expressão é expressamente assegurada em nosso ordenamento tanto pela Constituição Federal, como pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/1992. Dois são os incisos do art. 5º, da CF, aplicáveis à matéria: o inc. IV, que diz ser *"livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"*, e o inc. IX, este afirmando que *"é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"*. Por sua vez, a Convenção prevê em seu art. 13, o seguinte:

> *Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão*
>
> *1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.*
>
> *2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:*
>
> *a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;*
>
> *b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.*
>
> *3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.*
>
> *4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.*
>
> *5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.*

Nas democracias mais consolidadas, a liberdade de expressão tem sido gradativamente incrementada com o passar dos anos. Em nosso país, uma democracia ainda em construção (ou reconstrução) desde os anos 80, que conheceu, alternados por momentos mais ou menos livres, dois períodos ditatoriais nos últimos cem anos, nunca se experimentou tanta liberdade de expressão como nos dias atuais.

É sempre difícil compreender um movimento histórico enquanto ele ainda se encontra em curso, e o observador, parte do processo, dele não obtém a distância e a neutralidade possíveis e necessárias para que possa analisá-lo de modo impessoal e científico. Mesmo assim, expostas essas dificuldades, tentarei traçar aqui algumas considerações gerais que soam oportunas acerca do desenvolvimento da liberdade de expressão no momento atual.

Em primeiro lugar, sem desconsiderar o momento político favorável, que assim se apresenta tanto em nosso país como no restante do mundo, muito se pode atribuir, para que tal grau de liberdade de expressão tenha sido aqui atingido, à existência da Internet e da fortíssima popularização das tecnologias digitais de informação e comunicação.

É perceptível que a Internet vem produzindo, desde quando foi aberta ao público em geral, um *efeito nivelador*, que opera em diversos planos. De um lado, também como resultado de uma economia de escala, dispositivos informáticos – o que inclui computadores de mesa, notebooks, *tablets*, celulares e o que mais for inventado – foram se tornando cada vez mais poderosos e baratos. Com isso, cada vez mais pessoas tiveram acesso a meios de produzir e difundir sua mensagem para amplos públicos.

No século XIX, eram necessários equipamentos de impressão, custosos e pouco acessíveis, para que alguém conseguisse disseminar uma ideia para além das pessoas de seu círculo de relacionamento ou de sua comunidade. A descoberta das ondas eletromagnéticas produziu novos canais de comunicação, o rádio e a TV, mas ainda mais inacessíveis ao cidadão médio. O monopólio ou a concentração desses meios de comunicação foi um fato insuperável da realidade de então, a neutralizar os efeitos concretos da liberdade de expressão, pois ainda que esta estivesse protegida pelo ordenamento jurídico, a obtenção de meios bastantes para difundir mais amplamente um pensamento ficava restrito às grandes organizações. Afinal, a garantia de liberdade de expressão, à semelhança de muitas outras garantias, não é mais do que uma norma de conteúdo negativo, no sentido de que o Estado não agirá para cercear a manifestação das palavras. Não é a norma jurídica, por si só, capaz, em mais este caso, de criar meios efetivos para assegurar a realização prática dos direitos protegidos.

Foi a revolução digital que proporcionou às pessoas comuns uma capacidade concreta – absolutamente inimaginável há cerca de vinte anos – de produzir e

difundir a informação em escala comparável à de uma grande agência de notícias. Um *smartphone*, daqueles mais baratos vendidos hoje em dia, é um equipamento mais versátil e produz imagens de melhor qualidade do que as câmeras de um estúdio de televisão de apenas duas ou três décadas atrás. A rapidez com que qualquer um do povo pode produzir um texto escrito e imediatamente torná-lo acessível a praticamente todo o planeta não era uma tarefa possível por qualquer grande organização da era pré-Internet.

Não se quer aqui, evidentemente, apresentar uma visão simplista de que qualquer cidadão passou a ter o mesmo poder de comunicação de governos ou outras grandes organizações públicas ou privadas, pois isso não é uma realidade. Entretanto, a disparidade de meios antes existente entre o cidadão e tais centros de poder político ou econômico foi brutalmente reduzida; a capacidade daquele de fazer chegar sua voz a um número maior de pessoas, inexistente há algumas décadas, aproximou-se bastante da desses entes mais poderosos. De certo modo, o hiato que ainda subsiste consiste na capacidade concreta de atrair a atenção de possíveis receptores da mensagem a ser transmitida, pois a diferença de poder baseada nos meios de produção e difusão da informação foram praticamente neutralizados. Tanto quanto as maiores emissoras de rádio e televisão do mundo, qualquer paisano é capaz de gravar um vídeo de boa qualidade, com o que quer que deseje dizer, e rapidamente torná-lo disponível para conhecimento público por todos os que tenham acesso à Internet, o que representa nada menos do que aproximadamente metade da população mundial. Há poucas décadas, *ninguém* detinha tal poder de comunicação, nem mesmo o mais poderoso dos governos.

Um outro fator nivelador é o geográfico. A Internet aproximou as pessoas, de diferentes culturas, de diferentes países. Conhecer como outras pessoas vivem, qual é o regime político a que se submetem, como funciona sua economia e especialmente quais liberdades lhe são asseguradas, dá um componente *viral* – para usar palavra que se tornou comum no jargão das redes, servindo para expressar a capacidade de disseminação da informação nesse ambiente – aos valores democráticos. E, assim, os níveis de democracia e liberdade de uns, o que inclui a liberdade de expressão ora examinada, se mais avantajados, por certo despertam nos demais a vontade de também usufruí-los na mesma extensão. E a Internet, ao permitir essa troca de experiências e difusão do conhecimento, serve como motor para o espraiamento desses ideais democráticos e, especialmente, libertários.

2. A liberdade de expressão e o papel do Marco Civil no contexto atual do país

Corroborando a afirmação feita acima, de que o atual momento político do Brasil nunca foi tão favorável à liberdade de expressão, é oportuno destacar as duas recentes disputas jurídico-políticas em torno do tema, julgadas pelos Supremo Tribunal Federal, em que a liberdade de expressão se saiu prestigiada.

Em 2009, a Corte acolheu a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, para extirpar do ordenamento jurídico nacional a antiga Lei de Imprensa. Entre outros fundamentos, a decisão foi escorada na liberdade de imprensa, concluindo ao final pela procedência da ação "*para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*".

Mais recentemente, em 2015, o STF decidiu a ADI 4815, para "*dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes)*". Neste caso, a questão submetida a julgamento perante o STF gerou manifestações por parte dos defensores de ambos os lados, havendo, na ocasião, a formação de um forte *lobby* formado por artistas e outras pessoas famosas, que resistiam à possibilidade de que suas vidas pudessem ser biografadas livremente, como já era e é admitido em boa parte das democracias. A necessária autorização do biografado, ou de seus sucessores, tal como prevista nos questionados artigos do Código Civil, evidentemente reduzia as narrativas a um discurso laudatório, a cercear a publicação de verdades inconvenientes que, sendo parte da vida de pessoas públicas, são também parte da própria história do país que não pode ser sonegada.

Por outro lado, como uma evidente consequência da Internet e da facilidade com que a palavra pode ser divulgada, litígios que testam os limites da liberdade de expressão têm sido frequentemente trazidos a juízo e apreciados pelas instâncias ordinárias de todo o país. O teor e as teses jurídicas agasalhadas pelos diferentes

órgãos jurisdicionais nacionais certamente variam, havendo quem atribua limites mais ou menos extensos à liberdade de expressão, no confronto com outros interesses protegidos.

Mesmo assim, em litígios envolvendo pessoas públicas que se sentem ofendidas por críticas vindas da imprensa, ou de meros populares que se manifestam em redes sociais ou blogs, sente-se nascer uma saudável tendência em prol de uma maior liberdade de expressão no país. Portadora dessa orientação mais liberalizante é a recentíssima decisão proferida pela 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa oficial foi a seguinte:

> *Responsabilidade civil – Suposta publicação ofensiva em rede social – Comentários criticam honestidade do autor, ex-prefeito municipal, e sugerem a contratação de funcionários fantasmas durante sua gestão – Improcedência – Inconformismo – Não acolhimento - A pessoa política está sujeita a ataques e críticas ácidas - Exercício da liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CF) – Sentença mantida – Recurso desprovido.*[70]

E, entre os fundamentos do voto, lê-se as seguintes considerações de ordem fática e jurídica, que concluiram estar abrangida pela liberdade de expressão a possibilidade de manifestar críticas, conquanto ácidas, voltadas à atuação dos agentes públicos:

> *Com todo respeito, a narrativa do apelante tenta fazer crer que ele foi amplamente humilhado nas redes sociais. Mas, basta ver as publicações "ofensivas" (fls. 12/19), para perceber o seu exagero.*
>
> *Não há ilícito nas publicações.*
>
> *A imagem de um "fantasma" acompanhada de comentários que questionam a honestidade do apelante e supõem a contratação de "funcionários fantasmas" durante sua gestão são o exercício da liberdade de expressão (art. 5º, IV, da CF).*
>
> *Se sua administração foi hígida e não contratou "funcionários fantasmas", não é por meio de um processo judicial que demonstrará ter razão.*
>
> *Por se tratar de pessoa política, sua imagem – especialmente da perspectiva de gestor da coisa pública – está sujeita a ataques e críticas ácidas, faz parte.*
>
> *Não é "abafando" os críticos e opositores pela via judicial, mas sim por meio do reconhecimento pela população do trabalho desempenhado, que o apelante terá sua imagem preservada e, quem sabe, até melhorada*

Nesta parte final, nota-se no acórdão citado a adoção da linha de pensamento sobre o tema que defende que *palavras se respondem com palavras*, ou de que a

melhor forma de combater as eventualmente más manifestações é com *mais* manifestações, e não com censura, ou com processos judiciais.

Como deve parecer bastante claro, analisar a liberdade de expressão é falar de um direito que inevitavelmente se choca de modo frontal com outros interesses, muitos dos quais são ordinariamente protegidos pelo Direito. Mas se há liberdade de expressão, ou melhor, se tal liberdade é assegurada como um *direito*, isso pressupõe afastar outras sanções e cominações que em tese recairiam sobre aquele que se expressa. Afinal, ou se trata verdadeiramente de um *direito*, e de seu exercício regular praticam-se atos considerados lícitos, ou se trata de ilícito, punível com a cominação de sanções, sejam elas penais, civis ou administrativas.

Daí, os contornos que definem as fronteiras entre um *direito* à liberdade de expressão e a prática de comportamento ilícito resultam essencialmente de um posicionamento político, em que se atribua àquela maior ou menor abrangência, sempre em detrimento de interesses de outros sujeitos que possam ser atingidos pela mais liberdade de divulgação da mensagem. Como dito por George Orwell, em prefácio que propôs à primeira edição de sua clássica fábula política, "*a liberdade, se é que significa alguma coisa, significa o nosso direito de dizer às pessoas o que não querem ouvir*".[71] Afinal, para falar aquilo que a todos agrada, não é necessário que o ordenamento jurídico assegure liberdade ou direito algum. Só há sentido em garantir a liberdade de expressão se as palavras puderem incomodar ou machucar alguém.

Nesse sentido, o *direito* à liberdade de expressão compreende a extensão e os limites em que as palavras ou outras formas de manifestação possam ser francamente exprimidas, sem qualquer censura ou punição de outra ordem, definindo, portanto, os contornos dentro dos quais outros interesses contrários haverão de se curvar diante daquele

Na cultura política dos Estados Unidos, tais contornos foram sendo paulatinamente construídos ao longo dos últimos dois séculos. O texto constitucional que assegura a liberdade de expressão naquele país é – se o leitor permite o trocadilho infeliz – muito pouco expressivo em suas frias palavras. Trata-se da Primeira Emenda à Constituição, datada de 1791, que, no que toca especificamente ao tema, diz simplesmente que "*o Congresso não fará lei (...)*

limitando a liberdade de expressão, ou da imprensa (...)".[72] Mas a interpretação que se dá a essa parte da Primeira Emenda, e que reflete o grau de liberdade de expressão que impera atualmente naquele país, é muitíssimo mais ampla do que o sentido original desse texto. Foi como decorrência de uma história de contínuas tensões entre a manifestação da palavra e outros interesses colidentes, temperadas com prudentes ponderações acerca da conveniência ou não de se dar vazão aos discursos momentaneamente tidos como inconvenientes, que a jurisprudência esculpiu os atuais contornos da liberdade de expressão nos Estados Unidos, que é sem dúvida uma das mais amplas em todo o mundo.

E, entre outros precedentes que conduziram ao atual entendimento sobre o tema, um dos julgamentos mais relevantes da Suprema Corte norte-americana foi o caso conhecido como *New York Times v. Sullivan*. Nos anos 60, no calor da luta pelos direitos civis e igualdade racial naquele país, o conhecido jornal novaiorquino publicou críticas a autoridades do Estado do Alabama, afirmando que estariam cerceando direitos da população negra, ou até mesmo coagindo essas comunidades a não comparecer às eleições. E, alegando imprecisões de algumas informações divulgadas, e que sua pessoa estaria ali evidentemente identificada na narrativa, autoridades do Alabama processaram o jornal, obtendo ganho de causa perante as Cortes daquele estado. Estima-se que as indenizações então impostas ao periódico teriam sido bastantes para levar a empresa à falência.[73] Pois foi diante desse caso emblemático que a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu o julgamento e descartou a condenação pretendida, produzindo um inovador precedente que desafiava orientações anteriores, no sentido de praticamente vedar que autoridades públicas obtivessem sucesso ao processar os órgãos de imprensa por imprecisões equivocadamente publicadas. Compreendeu-se que, para que haja responsabilidade civil pela divulgação de informações erradas, cabe ao autor da ação *provar* – sendo, pois, dele o ônus da prova – não apenas a desconformidade com a verdade, mas que ela tenha sido publicada maliciosamente ou por flagrante desleixo na aferição da verdade.[74]

A liberdade de expressão consiste, pois, em poderoso instrumento que tem o povo para se queixar das autoridades, ou expor seus erros ou malfeitos. É, portanto, um freio capaz de conter abusos de poder ou outros tipos de desvios no exercício das funções públicas. Responsabilizar o emissor de uma manifestação crítica em virtude de imprecisões involuntárias, ou por ter divulgado fatos difíceis de demonstrar em juízo, podem significar vias indiretas para

praticamente suprimir a liberdade de expressão, em detrimento de outros objetivos importantes para a coletividade, como o inegável interesse social na correta atuação das autoridades públicas. O risco sentido por qualquer um do povo, de ter que suportar com seu patrimônio pessoal o pagamento de indenização em razão de ter criticado aqueles que exercem o poder, e que eventualmente o exercem mal, é um perigoso bloqueio ao amplo exercício dessa liberdade e à maior vigilância da sociedade no que concerne às questões de interesse público.

Enfim, a promulgação do Marco Civil e sua decidida orientação nos sentido de estimular a liberdade de expressão na Rede representam um passo importante para a evolução das instituições sociais, políticas e jurídicas de nosso país. Representam, mais do que isso, uma aposta sem volta no fortalecimento do regime democrático. É de se esperar que tal orientação inspire nossos julgadores a analisar detidamente o que pode significar, em um contexto macroscópico, o cerceamento de palavras ordenado em um ou outro caso concreto. O maior aparecimento de lides, como resultado desse novo ambiente aberto e livre que é a Internet, em que a liberdade de expressão é arguida como fundamento por uma das partes, por certo produzirá interessantes casos-teste, a suscitar profunda reflexão sobre as vantagens e desvantagens decorrentes de uma maior amplitude dada à liberdade de expressão. Esse, certamente, é um longo caminho que apenas começamos.

Além disso, é de se esperar que as orientações do Marco Civil sobre essa questão sejam também seguidas no ambiente *offline*, pois, afinal, não há porque distinguir o direito à liberdade de se expressar na Internet ou fora dela.

Referências

ALGUNS dados sobre a internet no Brasil e no mundo, segundo o Facebook. Tecnoblog, disponível em: <https://tecnoblog.net/192063/internet-brasil-mundo-facebook/>. Acesso em 19/11/2016.

ANDRADE, Frederico Pupo Carrijo. *Análise comparativa do tratamento de dados pessoais à luz do direito da personalidade*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.), *Estudos Avançados de Direito Digital*, pp. 229-240. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ARATA JR., Seiiti. *Privacidade em Redes Sociais Digitais (Social Networks)*. Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 3, pp. 72-98, Jan-Jun/2007.

AZEREDO, João Fábio Azevedo e. *Privacidade, liberdade de expressão e segurança pública: à procura de um ponto de equilíbrio em um cenário de crescentes conflitos jurisdicionais*. Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 2, pp. 15-27, Jul-Dez/2006.

BITS não podem ser aprisionados, dizem especialistas. G1, 10/01/2007, disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,AA1413839-6174,00.html>. Acesso em 10/10/2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.390/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362667&filename=PL+2390/2015>. Acesso em 22/12/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.891/2000. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessioni codteor=983569&filename=Avulso+-PL+3891/2000>. Acesso em 22/12/2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 181/2014. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117736>. Acesso em 20/10/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4815. Rel. Min. Cármen Lucia. Pleno. DJE de 01/02/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4815&classe=ADI>. Acesso em 20/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 130. Rel. Min. Ayres Britto. Pleno. DJE de 06/11/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=130&classe=ADPF>. Acesso em 20/11/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. Proc. nº 0009576-57.2014.8.26.0024. Rel. Des. Grava Brazil, j. 17/10/2016, v.u.

CALUGAREANU, Ilinca (autora e diretora). *Chuck Norris vs. Communism* (documentário em vídeo), 2015.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. *Direito da Informática e do Ciberespaço*. Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 1, pp. 7-20, Jan-Jul/2006.

CHINELLATO, Silmara. J. A. *Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo.* In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo II, pp. 321-339. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CHUCK Norris vs. Communism: how VHS piracy started a political revolution. The Verge, disponível em <http://www.theverge.com/2015/1/24/7882533/sundance-film-festival-2015-chuck-norris-vs-communism-review>.

CONWAY, Carol Elizabeth. *Livre concorrência e Internet: a importância da neutralidade das redes para o contínuo desenvolvimento da Web*. In:

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DENIAL-OF-SERVICE attack. Wikipedia, disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Denial-of-service_attack>. Acesso em 10/10/2016.

DOMAIN Name System. Wikipedia, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System>. Acesso em 10/10/2016.

ELON Musk wants to cover the world with internet from space. The Guardian, 17/11/2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/nov/17/elon-musk-satellites-internet-spacex>. Acesso em: 22/12/2016.

FERNANDES, Tiago Gomes. *Competência internacional nas ações advindas de contratos eletrônicos internacionais de consumo*. Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 4, pp. 101-118, Jul/2007-Jun/2008.

FORGIONI, Paula A.; MIURA, Maira Yuriko Rocha. *Princípio da neutralidade da rede e o Marco Civil da Internet no Brasil*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet)*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo II, pp. 307-320. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GÓIS JUNIOR, José Caldas. *Por uma regulação jurídica da Internet*. Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 5, pp. 7-13, Jul/2008-Jun/2009.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense,

1979.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Marco Civil da Internet Comentado*. São Paulo: Atlas, 2016.

HIRATA, Alessandro. *O público e o privado no direito de intimidade perante os novos desafios do direito*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.), *Estudos Avançados de Direito Digital*, pp. 29-37. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

HYPERTEXT Transfer Protocol. *Wikipedia*. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Hypertext_Transfer_Protocol>. Acesso em 10/10/2016.

INTERNET Protocol Suite. Wikipedia, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_Protocol_Suite>. Acesso em 10/10/2016.

IPV6. Wikipedia, disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/IPv6>. Acesso em 10/10/2016.

LEMOS, Ronaldo. *Uma breve história da criação do Marco Civil*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

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

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

LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biografy of the First Amendment*. New York: Basic Books, 2007.

LEWIS, Anthony. *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*. New York: Random House, 1991.

LUCCA, Newton de. *Marco Civil da Internet – uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo I. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia*. São Paulo: Forense, 2002.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e Tecnologia*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Documentos digitalizados: originais, cópias e a Lei nº 12.682/2012*. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.), O Direito na Sociedade da Informação III – A Evolução do Direito Digital. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Lei Estadual de São Paulo exige cadastramento de usuários em lan houses, cybercafés e similares.* Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 2, pp. 116-125, Jul-Dez/2006.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Processo e tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual*. São Paulo: Kindle Edition (e-book), 2013.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina, 2000.

NEW York Times V. Sullivan (1964). Nolo's Plain-English Law Dictionary. Disponível em: <http://www.nolo.com/dictionary/new-york-times-v.-sullivan-(1964)-term.html>. Acesso em 21/11/2016.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos (aprovada pelo Decreto nº 678/1992). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 20/10/2016.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos* (trad; FERREIRA, Heitor Aquino). São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PESQUISA revela que mais de 100 milhões de brasileiros acessam a internet. Portal Brasil, disponível em: <http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2016/09/pesquisa-revela-que-mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet>.

PROXY server. Wikipedia, disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Proxy_server>. Acesso em 10/10/2016.

ROSSETTO, Guilherme Ferreira. *A Internet como instrumento de comunicação de efeitos difusos: reflexões sobre a efetividade do direito de retirada de conteúdos à luz do Marco Civil da Internet e da liberdade de expressão*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU, 2016.

SAGAN, Carl. *The Demon-Haunted World: Science as a Candle in the Dark*. New York: Ballantine Books, 1996.

SILVA, Hugo Lança. *Os Internet Service Providers e o Direito: são criminosos, são cúmplices, são polícias ou juízes?*. Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 3, pp. 72-98, Jan-Jun/2007.

SILVA, Roseli de Sousa e. *O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática*. Revista de Direito das Novas Tecnologias. São Paulo: IOB/IBDI, nº 4, pp. 83-100, Jul/2007-Jun/2008.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *As cinco faces da proteção da liberdade de expressão no Marco Civil da Internet.* In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo II, pp. 377-408. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

STATE of Connectivity 2015: A Report on Global Internet Access. Disponível em: <http://newsroom.fb.com/news/2016/02/state-of-connectivity-2015-a-report-on-global-internet-access/>. Acesso em 19/11/2016.

STF afasta exigência prévia de autorização para biografias. Notícias STF, 10/06/2015. Disponivel em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>. Acesso em 20/11/2016.

SUPREMO julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal. Notícias STF, 30/04/2009. Disponivel em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>. Acesso em 20/11/2016.

TIM Berners-Lee. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Tim_Berners-Lee>. Acesso em 10/10/2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O Marco Civil da Internet e as liberdades de mercado*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

USA. U. S. Constitution. First Amendment. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment>. Acesso em 19/11/2016.

USA. U. S. Supreme Court. New York Times v. Sullivan (1964). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/new_york_times_v._sullivan_1964>. Acesso em 19/11/2016.

VIANNA, Rui Geraldo Camargo; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Novas perspectivas sobre os direitos da personalidade*. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coord.), *Estudos Avançados de Direito Digital*, pp. 213-228. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

WORLD Wide Web Consortium, Wikipedia, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web_Consortium>. Acesso em 10/10/2016.

1A pesquisa TIC Domicílios 2015 foi realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) e pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), segundo informações disponíveis no Portal Brasil (v. <http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2016/09/pesquisa-revela-que-mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet>).

2State of Connectivity 2015, disponível em <http://newsroom.fb.com/news/2016/02/state-of-connectivity-2015-a-report-on-global-internet-access/>.

3A fundação leva o mesmo nome de seu pequeno aparelho: Raspberry Pi Foundation (v. http://www.raspberrypi.org).

4SAGAN, Carl. *The Demon-Haunted World: Science as a Candle in the Dark*.

5A respeito desse episódio insólito, v. o documentário em vídeo escrito e dirigido por Ilinca Calugareanu, intitulado *Chuck Norris vs. Communism*. V. tb. a resenha *Chuck Norris vs. Communism: how VHS piracy started a political revolution*, disponível em <http://www.theverge.com/2015/1/24/7882533/sundance-film-festival-2015-chuck-norris-vs-communism-review>.

6MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Processo e Tecnologia: garantias processuais, efetividade e a informatização processual*, 2013. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Direito e Tecnologia*, 2014.

7MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Processo e Tecnologia*, p. 64.

8Medida Provisória nº 2.200/2001, que se encontra em vigência "provisória" por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001.

9Lei nº 7.232/1984.

10Seja a revogada Lei nº 7.646/1987 ou a atual Lei nº 9.609/1998.

11A OAB-SP criou um dos primeiros núcleos de estudo sobre as relações entre o Direito e as novas tecnologias da informação, sob a forma de uma comissão especial temática, que teve como primeiro presidente Marcos da Costa e foi instituída por Rubens Approbato Machado, quando este presidiu a seccional paulista. Tal comissão, de que tive a oportunidade de participar desde os seus primeiros anos, e depois viria a presidi-la por três triênios, foi, naquelas origens da Internet, uma inspiradora fonte de debates e proposições sobre as repercussões que a informática traria para a sociedade e o Direito.

12A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, voltada a conter o abuso do Executivo Federal na edição de Medidas Provisórias – e sua reedição praticamente infinita – trouxe no entanto regra de transição que estabeleceu que as Medidas Provisórias então pendentes permaneceriam em vigor por prazo indeterminado, até que fossem votadas, sem necessidade de o Poder Executivo continuar a reeditá-las.

13V. a respeito o meu trabalho anterior *Processo e Tecnologia*.

14A respeito do tema, apresentei breves comentários no recente artigo *Documentos digitalizados: originais, cópias e a nova Lei nº 12.682/2012*.

15V., a respeito, LEMOS, Ronaldo, *Uma breve história da criação do Marco Civil*.

16 Como um comentário à margem, é possível acompanhar em tempo real, pela Internet, atividades e diálogos praticados pelos "passageiros" que orbitam o planeta à bordo da Estação Espacial Internacional.

17 Internet Protocol Suite, *Wikipedia*, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_Protocol_Suite>.

18 IPv6, *Wikipedia*, disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/IPv6>. Um endereço no padrão IPv6 é representado em notação numérica hexadecimal, e poderia ser, por exemplo, 2804:0431:be18:dad9:2257:c25e:fb4a:98d3. Um endereço na versão 4 pode ser, por exemplo, 201.49.144.135.

19 Domain Name System, *Wikipedia*, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System>.

20 Acesso em 22/12/2016.

21 A título de exemplo, a grande pane de acesso à Internet, sentida especialmente pelos usuários de São Paulo, no ano de 2009, foi causada por um ataque aos servidores DNS da empresa Telefonica, afetando tanto empresas quanto usuários domésticos (v. *Telefônica alega que ataques foram causa de pane no Speedy*, *UOL*, disponível em <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2009/04/09/ult4213u703.jhtm>; Crackers atacaram Speedy, diz Telefônica, *Info Online* <http://info.abril.com.br/noticias/tecnologia-pessoal/crackers-atacaram-speedy-diz-telefonica-09042009-31.shl>). Por tais razões, outras medidas precisam ser tomadas quando se necessita de maior segurança na comunicação e certeza quanto à identificação do outro interlocutor, como, por exemplo, o uso do protocolo criptografado HTTPS.

22 Hypertext Transfer Protocol, *Wikipedia*, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Hypertext_Transfer_Protocol>; Tim Berners-Lee, *Wikipedia*, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/Tim_Berners-Lee>.

23 Informações sobre a W3C podem ser obtidas diretamente em seu endereço eletrônico, disponível em <http://www.w3c.org>. V. também o verbete World Wide Web Consortium, *Wikipedia*, disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web_Consortium>.

24 Proxy server, *Wikipedia*, disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Proxy_server>.

25 Um *log* de acesso é um registro de dados mantido no servidor acerca de conexões solicitadas, por qual endereço, quais informações, e a data e hora de solicitação.

26 Diz o art. 60, § 4º, da CF: "*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais*".

27 V., a respeito, LEMOS, Ronaldo, *Uma breve história da criação do Marco Civil*.

28 V. Capítulo VI -

29 Art. 9º. V. Capítulo IV -

30 AZEREDO, João Fábio Azevedo e, *Privacidade, liberdade de expressão e segurança pública: à procura de um ponto de equilíbrio em um cenário de crescentes conflitos jurisdicionais*, pp. 23-24.

31 Como, por exemplo, o *Foreign Corrupt Practices Act*, lei federal dos Estados Unidos que pune a prática de corrupção de autoridades públicas estrangeiras por pessoas e empresas, mesmo que não situadas

naquele país, bastando que nele negociem valores mobiliários (v. http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/).

32 Eis a redação da referida norma processual, que fixa os limites da jurisdição nacional: "*Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil*".

33 Recentemente, a empresa Space X, do visionário empreendedor Ellon Musk, anunciou que pretende colocar satélites em órbita baixa para oferecer conexões à Internet em escala planetária (disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/nov/17/elon-musk-satellites-internet-spacex>).

34 Diz esse dispositivo do CPC: "*Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação. § 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo. § 2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º*"..

35 Essas são as hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, previstas no CPC: "*Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional*".

36 V., a respeito, LUCCA, Newton de, *Marco Civil da Internet – uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares.* O autor também sugere que "*a distinção feita pela lei, entre fundamento e princípio, não se afigura tão clara quando alude o respeito à liberdade de expressão, como o principal fundamento (...) e logo a seguir (...) estabelece a garantia da liberdade de expressão (ao lado da comunicação e manifestação do pensamento) como um princípio...*" (pp. 62-63). Muito se poderia estender nessa crítica. O acesso à internet por todos pode ser um objetivo, mas o "direito" a esse acesso (art. 4º, I) já não seria um princípio? Preservação da natureza participativa da rede não seria um objetivo, e não um princípio, como aponta o art. 3º, VII? Essa tríplice distinção da lei não parece ter sido resultado de muita reflexão.

37 V. Capítulo I - 3.

38 V. Capítulo VI -

39 V. Capítulo IV -

40 V. Capítulo VI - .

41 V. como exemplos recentes da crítica ora apresentada: o art. 196 do novo Código de Processo Civil, que transfere ao Conselho Nacional de Justiça o poder de "*regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico";* ou, ainda, seu art. 882, §1º, dando competência ao mesmo órgão para regulamentar a alienação judicial por meio eletrônico; antes, já dispunha o art. 18, da Lei nº 11.419/2006, que tratava da informatização processual, que os órgãos do Poder Judiciário "*regulamentarão esta Lei*".

42 Texto integral disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>.

43 Algumas explicações técnicas sobre a solicitação foram apresentadas anteriormente (Capítulo I - 2.).

44 Denial-of-service attack, *Wikipedia*, disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Denial-of-service_attack>.

45 Para outro exemplo, entre muitos, v. o artigo de minha autoria, *Lei Estadual de São Paulo exige cadastramento de usuários em lan houses, cybercafés e similares*, sobre lei estadual paulista que determinava o cadastro de usuários de desses estabelecimentos.

46 Projeto de Lei nº 2.390/2015, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362667&filename=PL+2390/2015>.

47 GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, p. 172.

48 Idem, ibidem, p. 177.

49 BITTAR, Carlos Alberto, *Os Direitos da Personalidade*, p. 63.

50 GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, p. 177-178.

51 Código Penal, artigos 153 a 154-B.

52 Lei Complementar nº 105/2001.

53 Código Tributário Nacional, art. 198.

54 Código de Processo Civil, arts. 388, 404 e 448; Código de Processo Penal, arts. 206 e 207.

55 Código Civil, arts. 16 a 19, quanto ao direito ao nome e também ao pseudônimo, e art. 20, sobre o direito à própria imagem.

56 Múltiplas disposições protegem os segredos próprios da empresa, como o art. 195, XI, da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), o art. 482, letra "g", da CLT, e o art. 169, da Lei nº11.101/05 (Lei de Falências). E o Marco Civil, em seu art. 10, §4º, também faz referência à proteção aos segredos empresariais.

57 V. LEONARDI, Marcel, *Tutela e privacidade na Internet*, que discorre sobre a dificuldade de conceituar a privacidade ao longo de todo o Capítulo 2 (pp. 45-90). V. tb. ARATA JR., Seiiti. *Privacidade em Redes Sociais Digitais (Social Networks)*.

58 MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço, *Direito da Informática*, pp. 112-113.

59 VIANNA, Rui Geraldo Camargo; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; *Novas perspectivas sobre os direitos da personalidade*, p. 218.

60 Código de Processo Civil, art. 404.

61 Por ora, tramita no Senado o PLS nª 181/2014, que "*estabelece princípios, garantias, direitos e obrigações para a proteção de dados pessoais no Brasil; elenca os direitos do titular; determina o*

regime jurídico do tratamento de dados pessoais; estabelece regras para a tutela administrativa dos dados pessoais" (disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117736>).

62V. Capítulo II - 3.2.

63Neste mesmo sentido, GONÇALVES, Victor Hugo Pereira, *Marco Civil da Internet Comentado*, p. 118.

64V. Capítulo I - 2. .

65V. Capítulo IV - 1.

66Art. 143, I, do CPC

67Art. 14, da Lei nº 9.307/1996.

68V. Capítulo V - 2.

69Capítulo VI - 2.

70TJSP, Proc. nº 0009576-57.2014.8.26.0024, Rel. Des. Grava Brazil, j. 17/10/2016, v.u.

71ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. p. 139. A frase consta de apêndice com o texto do prefácio proposto pelo autor, em 1945, para a primeira edição da obra, mas que não foi publicado naquela ocasião.

72Em nossa tradução. Texto completo no original: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances"*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment>.

73V., a respeito, LEWIS, Anthony, *Freedom for the thought that we hate*, ou, do mesmo autor, *Make no law: The Sullivan Case and the First Amendment*.

74NEW York Times V. Sullivan (1964). *Nolo's Plain-English Law Dictionary*. Disponível em: <http://www.nolo.com/dictionary/new-york-times-v.-sullivan-(1964)-term.html>. Diz a íntegra do verbete, que resume o precedente: "*The U.S. Supreme Court decision that prohibited public officials from suing news organizations for inaccuracies made by mistake. This ruling, based on the First Amendment guarantee of freedom of the press, made it more difficult for public officials to sue the press for libel, because they had to prove not only that the information was wrong, but that the news organization published it with malicious intent or reckless disregard for the truth."*. A decisão, em sua íntegra, encontra-se disponível pela Cornell University Law School em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/376/254>.