

10º Concurso de Monografia 'Levy & Salomão Advogados

“A internet precisa de um marco civil?”

Ricardo Bruning Bellon

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo

Esta breve contribuição especula a necessidade ou a dispensabilidade de um marco civil que regule a internet.

A introdução compreende breves considerações sobre a ambição desta análise e a delimitação metodológica em que está calcada. Dito isso, segue curto apontamento sobre o fenômeno objeto mediato da discussão, evidenciando o quão caro de atenção o tema é. Completam a introdução a definição sobre o objeto imediato da discussão, o marco civil da internet, e considerações preliminares sobre o projeto de lei.

O enredo conta com dois segmentos que buscam responder à questão proposta. No primeiro excerto, aborda-se os principais problemas enfrentados pelos sujeitos das relações virtuais e quais impactos e/ou benefícios um eventual marco regulatório da internet teria sobre operadores do direito (quando confrontados com lides), intermediários (provedores de acesso e plataformas de conteúdo), usuários e o Estado.

O segundo trecho contém uma exposição dos principais temas, controvérsias e princípios que circundam as relações tidas na rede, seguidos de considerações sobre como o marco civil se faz imprescindível ou dispensável para endereçar e solucionar tais tensões, como neutralidade, privacidade, remoção de conteúdo, etc.

Por fim, à luz dos impactos subjetivos e da conclusão dos binômios objetivos (tema-necessidade de um marco civil), esboça-se a conclusão que responde à pergunta inicial.

Índice

1. Introdução	1
1.1. Escopo e delimitação	1
1.2. O fenômeno.....	1
1.3. O que é o marco civil.....	2
1.4. Considerações preliminares	2
2. Impactos subjetivos de um marco civil da internet.....	3
2.1. Operadores do direito.....	3
2.2. Agentes econômicos do setor	4
2.3. Usuários	5
2.4. Estado.....	5
3. Principais aspectos e impactos objetivos de um marco civil da internet	7
3.1. Neutralidade.....	7
3.2. Privacidade Vs. guarda de registros.....	9
3.3. Responsabilidade por conteúdo gerado por terceiros e sua remoção	10
3.4. Liberdade de expressão.....	12
3.5. Armazenamento de dados pessoais e de navegação	12
4. Conclusão	14
4.1. Considerações preliminares	14
4.2. Garantia fraca ou forte?	14
4.3. Considerações finais	15

1. INTRODUÇÃO

1.1.ESCOPO E DELIMITAÇÃO

Esta contribuição se destina a responder à pergunta que intitula este trabalho: “a internet precisa de um marco civil?”. A análise aqui levada a cabo conta com a ciência de que tal pergunta flerta com outras diversas, como “a internet é melhor ou pior com intervenção estatal?” ou “a regulamentação não tolherá a internet do que lhe é mais intrínseco, a liberdade?”. Em razão do formato e dimensão propostos, a contribuição será breve. O recorte também se faz no objeto da discussão: não se versará, com viés prescritivo, sobre o conteúdo que deva preencher um eventual marco civil da internet ou sobre o mérito da proposta concreta (o Projeto de Lei 2126/2011, doravante PL 2126/11). Assim, o conteúdo de um eventual e futuro marco civil (ou mesmo o daquele que se encontra sob discussão no Brasil atualmente) será tocado apenas a fim de evidenciar o quanto a internet precisa ou prescindir de um marco civil. Pelas mesmas limitações, não se oferecerá um panorama exaustivo sobre todos os possíveis argumentos que respondam à pergunta. Em linha com a dimensão de redação proposta, esta contribuição também adota um posicionamento, motivo pelo qual, adiante-se, não se proporcionará uma visão global sobre todos os argumentos possíveis de serem levantados por posicionamentos contrários, bem como as correspondentes refutações particulares. Isso posto, as controvérsias essenciais ocuparão o cerne desta análise, sendo o seu escopo enunciar quais são os principais fatores e argumentos que pugnam pela necessidade ou dispensa de um marco civil da internet, levando a uma conclusão neles lastreada.

1.2.O FENÔMENO

Em exploração comercial desde 1995 no Brasil, a internet brasileira reúne, segundo levantamentos recentes, cerca de 100 milhões de usuários – aproximadamente metade da população brasileira¹. Passados 18 anos, não há regência por diploma específico e

¹ Conforme levantamento feito pela Ibope Nielsen Online, divulgado em 10.07.13. Disponível em <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/07/10/numero-de-internautas-no-brasil-ultrapassa-100-milhoes-segundo-ibope.htm>>. Acesso em 26.10.13. Segundo a metodologia do IBGE, eram 83 milhões de internautas em 2013. Vide <<http://www.telebrasil.org.br/sala-de-imprensa/na-midia/4607-brasil-tem-mais-de-83-milhoes-de-internautas-segundo-ibge>>. Acesso em 26.10.13.

questões essenciais à dinâmica das relações virtuais permanecem à margem do ordenamento jurídico brasileiro, demandando o esforço jurisprudencial de aplicar, através da analogia, legislações concebidas para outras finalidades e contextos.

1.3.O QUE É O MARCO CIVIL

Assim como “marco regulatório”, a expressão “marco civil” não é técnico-jurídica. O marco regulatório do Pré-Sal, por exemplo, constitui-se, em verdade, de leis ordinárias, que recebem tal alcunha em remissão ao seu conteúdo. A expressão marco civil veicula a noção que de a lei ordinária serve de base, ponto de partida para a regulamentação de demais controvérsias colaterais que se refiram à internet. Um marco civil seria uma carta de direitos e deveres de administrados, uma espécie de constituição da internet, “estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil” (preâmbulo do PL 2126/11)². Assim, a partir do estabelecido neste diploma, que trataria de temas centrais e gerais³, discussões específicas ou de cunho criminal poderiam ter lugar: como a infração de direitos autorais ou a prática de crimes na e através da internet.

1.4.CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Dentro da concepção de “constituição da internet”, o marco civil serviria de diploma que conferiria aos cidadãos reservas individuais à atuação do Estado e empresas provedoras do serviço, possibilitando que abusos fossem coibidos. Assim, o marco civil

² Mensagem n. 326/2011, pelo Poder Executivo. A mensagem enviou à Câmara dos Deputados anexo o PL 2126/11, a primeira versão do marco civil da internet.

³ O processo de formulação do PL 2126/11 foi concebido de maneira inovadora. A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, lançou em 29.10.09 um portal (<<http://culturadigital.br/marcocivil/>>) para a construção colaborativa do futuro projeto de lei, por meio do qual quaisquer indivíduos ou entidades endereçariam suas impressões e contribuições, auxiliados por um texto-base (em prosa). Só então o texto base do projeto fora formulado – destoando dos processos de consulta pública de legislações, em que um texto base é formado e então posto à crítica da sociedade. Formado então o 1º texto base, este foi novamente colocado à consulta e críticas, perfazendo um 2º texto base. Após o recebimento das contribuições e o refinamento desta 2ª versão, o texto foi então enviado ao Congresso como PL 2126/11.

não seria um instrumento de intervenção do Estado⁴ e censura à manifestação dos indivíduos – receios que por ventura motivam a descrença em uma regulamentação da internet. O marco civil pode ser oportunidade para, replicando o conceito constitucional, estabelecer balizas à atuação do Estado e demarcar direitos e garantias individuais.

A grande dúvida que circunda a resposta à pergunta que encabeça esta análise é se o ambiente virtual é melhor atendido com ou sem regulamentação. Para tanto, é preciso percorrer os diversos sujeitos e principais temas impactados por um eventual marco civil, especulando os efeitos subjetivos e objetivos de tal legislação. É o que se faz a seguir.

2. IMPACTOS SUBJETIVOS DE UM MARCO CIVIL DA INTERNET

2.1. OPERADORES DO DIREITO

Como se verá no capítulo 3, um sem-número de controvérsias não encontra respaldo legal que subsidie a sua resolução por meio de uma decisão judicial ou pelo julgamento de outros operadores do direito. Há verdadeira lacuna⁵ com relação a diversos temas, como se tratará adiante, deixando juízes, advogados, membros do ministério público, etc. à sorte do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶ (LINDB): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. Ausente um marco civil que lide com as principais controvérsias que pairam sobre a interação virtual (e as relações físico-estruturais relacionadas), não há lastro determinado para as decisões. Recorrerão os juízes ao Código Civil (CC), ao Código do Consumidor (CDC), à Lei Geral de Telecomunicações

⁴ Ainda que a própria legislação seja, imediata e isoladamente considerada, um ato de intervenção, a delimitação da atuação do Estado, por meio de um marco civil, pode possivelmente restringir a ingerência do Estado no cotidiano e nas relações ocorridas na internet.

⁵ A concepção de lacuna aqui empregada é calcada na noção de que determinado fenômeno, quando não abarcado pelo regramento legal, constitui uma falha do ordenamento, que é por sua vez concebido como um todo, um complexo de disposições que ambiciona abarcar uma universalidade de situações relevantes. Assim, por serem os temas aqui discutidos relevantes, merecem tratamento jurídico-positivo. Se o ordenamento em concreto não endereçar o fenômeno com dispositivos específicos aplicáveis, constata-se a falha no todo – a “lacuna”. Vide CANARIS, C. “Die Feststellung von Lücken im Gesetz”, 2. Auflage, Duncker & Humblot, München, 1983, pp.16-18: „Neben die bloße Tatsachen Feststellung, daß etwas fehlt, tritt also das Werturteil, daß etwas vorhanden sein sollte. Eine Lücke ist demnach eine unbefriedigende, eine „planwidrige“ Unvollständigkeit. (...) Eine Gesetzeslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes“.

⁶ Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942.

(lei 9.472/97), à Lei 12.529/11, à regulamentação da Anatel⁷? Ausente legislação específica, o recurso às opções elencadas pelo art. 4º da LINDB levará os juízes não raro a decisões contraditórias. Isso já vem acontecendo⁸. Sem as balizas legais, os operadores do direito, de uma maneira geral, sofrerão com a insegurança jurídica destes temas.

Um marco civil da internet, de antemão, definiria a disciplina jurídica aplicável, evitaria decisões contraditórias sobre questões essenciais e reduziria a insegurança jurídica.

2.2. AGENTES ECONÔMICOS DO SETOR

A mesma insegurança jurídica fruto da ausência de legislação possibilita uma resposta dupla por parte dos agentes econômicos.

De um lado, em reflexo à duvidosa asserção de que “o que não é proibido, é permitido”⁹, os agentes econômicos podem comportar-se de maneira ousada, atropelando os interesses dos usuários, em nome de seu melhor interesse comercial¹⁰.

Do lado oposto, em razão da inexistência de segurança jurídica, o campo de atuação das empresas pode ser retraído e os planos de negócios mais conservadores, entretendo o desenvolvimento na internet¹¹.

⁷ Os inúmeros cenários possíveis poderão demandar a aplicação de diversos diplomas. A título ilustrativo, caso haja relação de consumo (CDC, art. 2º), poderá o CDC servir de base a analogias. Se a controvérsia envolver pessoa física ou jurídica que não adquira o serviço de um prestador como consumidor final, o CDC não poderá ser aplicado, restando as demais possibilidades. Imagine-se que o provedor do serviço seja a única opção ao consumidor ou detenha mais de 20% de participação do mercado – nesse cenário o juiz poderá tecer considerações de cunho concorrencial para atingir os fins almejados, presumido o poder de mercado por parte do provedor (Lei 12.529, art. 36º, §2º). Por fim, à luz da percepção de que a estrutura física de telecomunicações (que proporciona a interconectividade de redes que dá origem à internet) é regulamentada pela Anatel, o poderá juiz buscar nesse complexo normativo substrato para sua decisão. Em resumo, ausente um parâmetro normativo, diferentes possibilidades abrem-se à escolha do juiz – tanto calcadas no aspecto subjetivo, quanto objetivo da controvérsia.

⁸ Vide a título exemplificativo nota 28, abaixo.

⁹ Tradução do art. 5º, II da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁰ Exemplos desse tipo de comportamento são abordados infra, em 3.1.

¹¹ Adiante-se um exemplo: em razão de decisões responsabilizando provedores de serviço ou detentores de plataformas de veiculação por conteúdo danoso de terceiros, tais serviços podem ser evitados pelos agentes econômicos. Ilustrativamente, plataformas de “blogs”, promotoras de liberdade de expressão no ambiente virtual, seriam desencorajadas. Provedores de serviço responsabilizados por conteúdo veiculado em vídeo, poderiam diminuir ou restringir o oferecimento do serviço.

Assim, a sobrevivência de um marco civil que estabeleça parâmetros ao comportamento de agentes econômicos, como a responsabilidade por conteúdo de terceiros¹², teria o condão conferir segurança aos modelos de negócios dos agentes e promover atitudes empreendedoras, além de impedir comportamentos oportunistas em face da ausência de vedações explícitas e regras claras.

2.3.USUÁRIOS

Para os usuários, a ausência de um marco civil se traduz em relativa carência de garantias que salvaguardem seus direitos (como privacidade e liberdade de expressão) no ambiente virtual. Ainda que os exemplos citados encontrem salvaguarda na CF, seu exercício pode ser desproporcionalmente limitado pelos prestadores de serviço, que controlam o canal de expressão destes direitos – seja motivados por seu próprio interesse, seja em nome do interesse de outros usuários¹³. A ausência de um suporte normativo que positivasse estes direitos nas relações peculiares à internet, emperra ou inviabiliza sua efetivação pelos usuários, permitindo condutas oportunistas por parte dos prestadores de serviço.

2.4.ESTADO

A alcunha de que se tem lançado mão para descrever o marco civil da internet, a “constituição” da internet, remete ao binômio composto pela salvaguarda de direitos fundamentais e pela limitação dos poderes do Estado¹⁴. A maximização da relevância da internet no ambiente social é diretamente proporcional ao interesse político que sobre ela recai¹⁵. Portanto, para que estejam garantidos os direitos dos usuários e impostos

¹² Tema tratado abaixo, em 3.3.

¹³ Imagine-se que o provedor remova determinado conteúdo enviado por um usuário com receio de que tal conteúdo seja mal recebido pelos demais usuários. É legítimo que o provedor censure o usuário, ou a faça mesmo previamente? Outra hipótese: pode o provedor guardar registros de conexão ou mesmo todo o seu histórico de navegação, interferindo na sua privacidade?

¹⁴ Da Silva, J. A., “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 31ª ed., Malheiros, São Paulo, pp. 38 e 43.

¹⁵ Um exemplo extremo disso fora a atitude do governo egípcio de, no calor dos movimentos sociais que assolavam o país, cortar a comunicação da rede na tentativa de conter a insurreição. Vide “How Egypt shut down the internet”, 28.01.11, **The Telegraph**. Disponível em

limites à atuação do Estado, munido de força coercitiva, é necessário positivar as fronteiras de sua atuação.

O PL 2126/11 contém um capítulo dedicado especialmente para este tema, o capítulo IV. No entanto, as disposições do projeto têm conteúdo de caráter programático e de promoção de políticas públicas, não versando sobre os marcos de atuação do Estado. A ingerência deste na privacidade, liberdade de expressão e outras garantias do indivíduos é, no entanto, endereçada pelos artigos precedentes, que garantem ao usuário da rede os direitos mencionados, bem como a inviolabilidade de suas comunicações virtuais e o direito à não suspensão de sua conexão.

Sem limites à atuação do Estado, a internet está sujeita ao exercício indiscriminado do poder estatal. Sem um marco, o poder executivo, que é descentralizado e, portanto, conta com diversos centros decisórios, pode obrigar usuários e demais atores participantes da rede a obrigações de legitimidade democrática duvidosa. Nessa linha, cite-se o exemplo recente do executivo do Rio de Janeiro. O governador do estado publicou o Decreto n. 44.302 de 19 de julho de 2013, criando a Comissão Especial para Investigar atos de Vandalismo, a CEIV. Dispõe o decreto (art. 2º) que a CEIV goza de poderes para solicitar a operadoras de telefonia e provedores de internet a disponibilização de dados de usuários investigados. Tais solicitações, regula o art. 3º, deverão ser atendidas por tais empresas no prazo de no máximo 24 horas. O decreto não faz qualquer menção à necessidade de provimento judicial. Como se verá em 3.2, tal regra afronta o disposto no PL 2126/11. Mais: o decreto mencionado não resulta de um processo de sopesamento dos interesses envolvidos (direito à privacidade dos usuários em face da necessidade do Estado de perseguir condutas socialmente indesejáveis), mas de uma necessidade governamental imediata.

Tais necessidades, não raro atropelam direitos individuais, motivo pelo qual um anteparo normativo que demarque o campo de atuação do Estado, bem como defina as garantias de que usuários gozam, é necessário para trazer segurança aos administrados, conferir-lhes direitos e evitar invasões pontuais desproporcionais.

<<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/egypt/8288163/How-Egypt-shut-down-the-internet.html>>. Acesso em 20.10.13.

3. PRINCIPAIS ASPECTOS E IMPACTOS OBJETIVOS DE UM MARCO CIVIL DA INTERNET

3.1. NEUTRALIDADE

A neutralidade da rede é tomada por um dos, senão o mais importante, pontos de um marco civil que regulamente a internet, tanto no Brasil¹⁶, quanto em experiências estrangeiras¹⁷. Isso porque este princípio atinge uma imensa gama de ações e comportamentos, por parte dos provedores¹⁸ de acesso à internet. Basicamente, a neutralidade da rede impede que os provedores discriminem o tráfego¹⁹. Isso quer dizer que o prestador de serviço que fornece a conexão ao usuário não pode retardar, acelerar (retardar das demais), bloquear, ou de qualquer forma discriminar o tipo de conteúdo que perpassa o fluxo utilizado pelo usuário²⁰. Por outras palavras, é tecnologicamente possível para o provedor da conexão identificar, seja no fluxo de recebimento, seja no fluxo de envio, que tipo de dados o usuário está transmitindo: imagem, vídeo, músicas ou e-mail, por exemplo. É mesmo possível identificar exatamente quais arquivos ou fontes estão sendo acessadas: se uma música de propriedade (intelectual) de determinada empresa fonográfica ou se determinada rede social. A partir dessa identificação, o provedor do serviço dispõe de meios tecnológicos para discriminar o conteúdo.

¹⁶ No projeto de marco civil brasileiro, o relator, deputado Alessandro Molon, declarou que o princípio da neutralidade da rede é “inegociável”. Vide sítio da Câmara dos Deputados, “Relator não aceita negociar neutralidade de rede no marco civil da internet”, 07.08.13.

¹⁷ A relevância do tema levou a Comissão Federal de Comunicações (Federal Communication Commission – FCC) dos EUA a expedir, em 2010 a Report and Order (espécie de relatório e comando aos agentes regulados) ‘Open Internet’, expondo reflexões do órgão e dispondo sobre a conformidade e inconformidade da atuação de agentes regulados (empresas de telecomunicação provedoras de conexão à internet) com relação à neutralidade da rede. A ordem foi contestada na justiça americana, no caso (ainda sob judge) *Verizon v. FCC*. Outro provedor do serviço, a METROPCS, também ajuizou ação com o mesmo objeto em face do FCC, mas logo após desistiu da demanda.

¹⁸ A acepção de “provedor” utilizada nesta contribuição remete ao agente econômico que presta o serviço de acesso à internet, comumente as empresas de telecomunicação detentoras da estrutura física.

¹⁹ Na Report and Order ‘Open Internet’, o FCC estabeleceu seis princípios que norteiam uma internet livre. Pelo documento, consumidores e inovadores têm os seguintes direitos: (i) conhecer as características de performance de sua conexão e de seu acesso à internet, além de serem informados de como a sua rede tem sido manejada; (ii) enviar e receber conteúdo legal, sem qualquer bloqueio; (iii) não serem discriminados de maneira desarrazoada; para tanto, não são aprovados arranjos contratuais entre provedores e companhias para que estas “paguem por prioridade” no tráfego, em detrimento do conteúdo de outras companhias. Os demais princípios versam sobre o reconhecimento, pelo FCC, de que (i) os provedores de conexão precisam manejar suas redes para lidar com congestionamento, segurança e outros assuntos; (ii) os princípios mencionados são plenamente aplicáveis à conexão móvel (celular); (iii) o monitoramento é importante para que as regras adotadas pela agência sejam observadas.

²⁰ No jargão norte americano, a prática é chamada de “*traffic shapping*” (modelagem do tráfego).

Inúmeras são as condutas possíveis a partir desse cenário. Ilustrativamente, o provedor do serviço pode oferecer uma internet em camadas, escalonando o preço ao usuário: acesso apenas a e-mails e mídias sociais; acesso apenas à transmissão de áudio e vídeo; ou “o pacote completo da internet”. Outro exemplo é oferecer o acesso a determinado sítio gratuitamente²¹. Mais: o provedor pode negociar com determinada empresa velocidade privilegiada de transmissão dos dados desta, em contraste com o conteúdo de concorrentes ou outras empresas²². Outra preocupação de usuários é a possibilidade, em um cenário sem neutralidade, de o provedor manipular a velocidade de determinados dados que rivalizem com serviços oferecidos pelo próprio provedor: serviços voz sobre IP (VOIP), como o *Skype*, que rivalizam com a telefonia comum; ou serviços OTT²³, como o *Netflix*, que rivalizam com a distribuição de áudio e vídeo convencional (como TV a cabo).

Sem um marco civil que trate da neutralidade, os cenários especulados acima não são objeto de qualquer vedação²⁴ ou permissão explícitas. O princípio da neutralidade da rede é discussão que comumente contrapõe os interesses de provedores de internet e de usuários²⁵, motivo pelo qual é controverso também em outras jurisdições. A ausência de regulação sobre o assunto deixa usuários desprotegidos e submetidos a uma das posturas dos provedores, expostas em 2.2.

²¹ Vide, a título ilustrativo, a promoção da provedora brasileira Claro, “Claro Pré-Pago ilimitado Facebook Grátis”, em que o acesso aos domínios do Facebook e do Twitter são gratuitos. Vide <<http://www.claro.com.br/promocao/claro-pre-pago-ilimitado-facebook-gratis/regiao/ddd11/SP-11/tv-1/>>. Acesso em 23.10.13. Tal conduta restaria vedada em um cenário de neutralidade.

²² Como citado acima na nota 19, esta prática fora explicitamente vedada nos EUA pelo FCC.

²³ O serviço over-the-top (OTT) é a distribuição de conteúdo de áudio e vídeo (como filmes e seriado) por meio da internet. Assim, nesse serviço, a internet é mero canal de distribuição, não fornecendo o provedor de conexão o conteúdo, que provém de outro agente econômico. Em contraste, no sistema convencional, o conteúdo e o canal são distribuídos pelo mesmo agente (fornecedor de serviço de TV a cabo, por exemplo).

²⁴ Alguns comportamentos discriminatórios poderiam contudo, mesmo ausente regulamentação específica à internet, ser rechaçados com base em outros diplomas legais (como o CDC, a LGT ou a lei 12.529/11). A crítica e as consequências apontadas em 2.1, todavia, persistiriam.

²⁵ Câmara dos Deputados – DETAQ. Sessão: 140.3.54.O, 27.05.13, 18h44min. Orador: Alessandro Molon PT-RJ: “(...) O marco civil da internet foi extremamente debatido nesta Casa, com a sociedade, na internet, e ele está pronto para ser votado. Aliás, ele já foi colocado na pauta deste Plenário quatro vezes, e foi retirado da pauta deste Plenário quatro vezes, porque, na verdade, ainda há resistência ao projeto. Ele enfrenta grandes interesses econômicos, sobretudo os interesses dos provedores de conexão, mas protege o internauta. (...) Se a neutralidade da Rede for derrubada para que, com isso, os provedores de conexão aumentem os seus lucros, vai ser prejudicada, primeiro, a liberdade de escolha do internauta, (...) segundo, a liberdade de expressão, (...) [e] terceiro, a livre concorrência.”

Nessa linha, um marco civil da internet garantiria direitos aos usuários, vedaria possíveis comportamentos de provedores nocivos aos usuários e positivaria princípios sob os quais a internet foi concebida²⁶.

3.2.PRIVACIDADE VS. GUARDA DE REGISTROS

É inconteste que a internet pode ser veículo da prática de diversos crimes, como injúria (art. 140 do Código Penal – CP) ou estelionato (art. 171 do CP). Para permitir a persecução de tais condutas o Estado deve gozar de algum meio de identificação dos infratores que possibilite a persecução penal, caso se constate a ocorrência de algum crime no ou por meio do ambiente virtual. Instala-se então a controvérsia: como compatibilizar a necessidade de identificação de infratores com a privacidade dos usuários que fazem o uso não-criminoso da rede? Em paralelo, são suscitadas inúmeras outras dúvidas: diante da notícia-crime, o órgão estatal responsável pela instrução que apurará o crime (o inquérito policial, por exemplo) pode demandar, de provedores ou de quaisquer outras empresas que disponham de dados de usuários, registros de conexão e histórico navegação de usuários?²⁷ Em caso afirmativo, têm esses detentores o dever de atender a estas demandas? Qualquer ente do poder público pode exigir a revelação de tais dados²⁸, ou apenas mediante um provimento judicial?

O PL 2624/11, no formato proposto, prevê que o acesso, por quaisquer entes, a registros de conexão (momento de entrada e saída de um usuário da internet) e outros dados de usuários depende de provimento judicial (arts. 11, §3º e 13, §2º). Segundo a proposta, provedores devem guardar os registros de conexão dos usuários pelo prazo de um ano,

²⁶ Vide “Criador da web elogia Brasil por projeto que vai regular a internet”, 17.05.13, **Folha de São Paulo**, Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/05/1280037-criador-da-web-elogia-brasil-por-projeto-que-vai-regular-a-internet.shtml>>. Acesso em 25.10.13.

²⁷ Questões como estas acenderam o debate político em todo o mundo após, em maio de 2013, um agente da agência de inteligência norte-americana (NSA) delatar a diversas fontes, entre eles o jornal britânico *The Guardian*, um sistema de vigilância e espionagem global empreendido pelos EUA. Vide <<http://www.theguardian.com/world/edward-snowden>>. Acesso em 26.10.13. No bojo de tal escândalo, revelou-se que a agência, mediante autorização de corte especial e com base em provisões de certa legislação americana (o *Foreign Intelligence Surveillance Act*), acessou dados de usuários mantidos por corporações americanas como Google e Yahoo em servidores fora dos EUA. Vide “N.S.A. Said to Tap Google and Yahoo Abroad”, **The New York Times**, 30.10.13, disponível em <http://www.nytimes.com/2013/10/31/technology/nsa-is-mining-google-and-yahoo-abroad.html?_r=0>. Acesso em 30.10.13. O Brasil não dispõe de legislação semelhante.

²⁸ Vide as considerações feitas sobre a atuação do Estado em 2.4, bem como o exemplo do Decreto n. 44.302 de 19 de julho de 2013, do governo do Rio de Janeiro.

sendo-lhes vedado guardar registros sobre que aplicações de internet foram usadas pelo usuário – o seu histórico de navegação.

Note-se, portanto, que, ausente um marco civil que aborde o tema, entes públicos responderão às suas necessidades de maneira descoordenada. Provedores, por não disporem de legislação que lhes confira um norte de atuação (se devem ou não adimplir com demandas das autoridades, se devem guardar registros de conexão, registros de navegação; em caso afirmativo, por quanto tempo e em que extensão) agirão em seu melhor interesse, possivelmente de maneira nociva ao usuário. E, por fim, os usuários, sem qualquer controle sobre a atuação dos primeiros, restarão à sorte que lhes for destinada.

Portanto, também nesse tema um marco civil da internet é necessário para preencher lacunas como: que tipo de dados devem ser mantidos, por quem, em que extensão; a quem e em que hipótese devem ser disponibilizados. Estabelecidas tais regras, usuários estarão reflexamente protegidos em sua privacidade, sem que isso frustre o legítimo interesse do Estado de perseguir condutas socialmente indesejáveis.

3.3. RESPONSABILIDADE POR CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS E SUA REMOÇÃO

Boa parte da discussão sobre a imprescindibilidade da regulação da internet é permeada pela ausência de um regime de responsabilidade bem demarcado sobre a parcela de responsabilidade que cabe a cada ator: ao provedor do serviço de internet, às plataformas que recebem conteúdo de usuários (redes sociais, plataformas de vídeo ou bases de postagens, como o *Facebook*, *Youtube* e plataformas de *blogs*) e ao usuário. Quando este pratica um crime, veicula informações nocivas, ofensivas ou de qualquer forma lesiona terceiros que reclamem por banimento ou reparação, quem é responsável? Apenas o autor imediato, o usuário, ou há em alguma medida culpa dos demais atores envolvidos (plataformas e provedores)?

Caracterizado o evento danoso, o provedor do serviço ou a plataforma sob a qual o conteúdo se encontra, tem o dever legal de retirá-lo? A mera notificação do ofendido para tanto é suficiente para tanto ou é necessário provimento judicial?

Ausente um paradigma legal, o judiciário responde a estas controvérsias (já que é inegável o direito de ação) que lhe são postas, não raro proferindo decisões controversas²⁹, desconsiderando que, sob uma perspectiva ampla, os interesses de todos os usuários envolvidos são indiretamente impactados.

O atual projeto de marco civil, no curso de sua formulação, debateu a importação de um sistema de notificações e contranotificações, utilizado em outras jurisdições. Nesse modelo, o ofendido pelo conteúdo notifica a plataforma que veiculou o conteúdo ofensivo, para que esta então contate o usuário de onde proveio o conteúdo. Caso o usuário não retire o conteúdo, poderia ainda a plataforma, em sua discricionariedade, remover o conteúdo. Tal sistema sofrera pesadas críticas em razão do papel censor (a posteriori, após notificações, mas também reflexamente a priori) de que seriam revestidas as plataformas de conteúdo. A proposta brasileira, privilegiando a liberdade de expressão, apontou não serem responsáveis nem o provedor do serviço, nem as plataformas, por conteúdo gerado por terceiros. Estes atores não estariam obrigados a controlar ou censurar, sequer remover tais conteúdos danosos, a não ser quando assim ordenar provimento judicial. Apenas em caso de desobediência da ordem judicial, responderiam pelos danos causados por conteúdo de terceiros.

Portanto, quanto a este tema, um marco civil é necessário para definir o regime de responsabilidade dos atores intermediários (quem responde, quando, por que), as obrigações destes atores (censurar, remover ou abster-se de alterar conteúdos supostamente danosos), e definir o nível de intromissão na expressão dos usuários.

²⁹ Tome-se por exemplo o seguinte julgado. O STJ recentemente decidiu que os “provedores de acesso à internet” não têm responsabilidade objetiva pela veiculação de conteúdo de terceiros, devendo, entretanto, tomar providências para “minimizar os danos”, sob pena de responder por conteúdos ofensivos. O julgamento de primeira instância condenou a plataforma de veiculação, o *Google*, por hospedar a página ofensiva. Já o TJ-RS entendeu estar caracterizada a responsabilidade objetiva da empresa. Note-se que a corte cível máxima brasileira em recente decisão mesclou os diferentes atores (provedores de internet e as plataformas de conteúdo); proferiu entendimentos quanto à responsabilidade de cada ator dissonantes dos julgamentos anteriores do caso; elegeu como diploma normativo aplicável o CDC; e desconsiderou o PL 2126/11 que discutiu a utilização de um sistema de notificações e contranotificações para remoção de conteúdo (citado pela relatora como prática a ser observada pelo *Google*), mas, em razão do poder de censura de que gozariam as plataformas e provedores, abandonou o modelo. **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1308830/RS, relatora Min. Nancy Andrighi, publicado em 19.06.12. A justiça paulista entende diferente. No julgamento do caso envolvendo a divulgação de vídeos íntimos da apresentadora Daniela Cicarelli, o TJ-SP não imputou ao *Youtube* (e ao controlador, o *Google* – as plataformas) qualquer responsabilidade pela veiculação do vídeo. Vide “Google vence caso Cicarelli em segunda instância no TJ-SP”, **Época Negócios**, 07.08.12, disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/informacao/resultados/noticia/2012/05/google-venca-caso-cicarelli-na-justica.html>>. Acesso em 26.10.13.

3.4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Todos os aspectos tratados acima tocam o tema da liberdade de expressão. Ilustrativamente, o provedor que discrimina o conteúdo trocado (não-neutralidade) pode vetar ou retardar determinadas expressões de usuários; a completa identificação dos usuários, aliada a uma extensa vigilância e registro de sua navegação (não-privacidade) pode intimidar suas manifestações; e a responsabilização dos provedores e plataformas por conteúdo danoso poderá levar os intermediários a barrar desproporcionalmente manifestações dos indivíduos que delas se valham. Deste modo, a regulamentação destes três parâmetros impactará a dimensão do exercício da liberdade de expressão pelos usuários da rede.

A positivação, em um marco civil, do direito individual à liberdade de expressão não é imprescindível ao seu exercício, já que previsto constitucionalmente³⁰. A salvaguarda deste princípio na internet passa muito mais por questões relacionadas que impactam seu exercício, como as mencionadas acima.

O marco civil da internet se faz necessário, no entanto, para preencher uma parte da provisão constitucional, que, ao garantir a liberdade de expressão, veda o anonimato. Como devem então ser os indivíduos identificados? Por quem, quando e em que extensão?

Um ponto sutil merece observação: quando não houver manifestação (isto é, uma postura ativa do usuário), pelo mandamento constitucional, parece não haver necessidade de identificação. A navegação do usuário que apenas consome informação, sem veicular conteúdo, estaria aberta ao anonimato?

Um marco civil se traduziria em oportunidade legislativa de, mais do que repetir o já estabelecido pela Constituição, demarcar questões conexas e procedimentais que impactam o exercício da liberdade de expressão, oferecendo resposta às especulações mencionadas.

3.5. ARMAZENAMENTO DE DADOS PESSOAIS E DE NAVEGAÇÃO

³⁰ Art. 5º, IV da CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”.

Como já se adiantou no capítulo 3.2, não há regulação sobre o armazenamento de dados de navegação dos usuários. Assim, os usuários estão sujeitos à tomada de decisão de provedores e de plataformas de conteúdo diante da omissão legislativa. Além do impacto que a guarda de registros de navegação tem sobre a privacidade do usuário, há outro aspecto dessa prática: a possibilidade de uso comercial. Cada vez mais agentes econômicos publicitários engajam na chamada publicidade direcional³¹. Para tanto, consomem registros de navegação dos usuários destinatários da publicidade. Não há qualquer regramento no ordenamento jurídico brasileiro que trate explicitamente desta e questões conexas.

Outra faceta da retenção de dados do usuário é a manutenção, uso e eventuais cessões e alienação de seus dados pessoais, obtidos por intermédio de um cadastro. Que direitos e obrigações detentores de tais bases de dados têm perante o usuário? É possível ceder ou alienar tais dados a terceiros?

O diploma normativo que tem sido aplicado pela jurisprudência brasileira³² em parte das controvérsias da internet, o CDC³³, contém seção (VI) que regula a construção de banco de dados e cadastro de consumidores. Malgrado o entendimento do STJ, o usuário que se utiliza do serviço é equiparado ao consumidor, nestes dispositivos? Sendo o CDC silente quanto à cessão, disponibilização ou alienação de tais dados pelo detentor, estas práticas são permitidas? O usuário pode solicitar a remoção perene dos dados informados por ele?

³¹ O *behavioural targeting* consiste num conjunto de tecnologias que lidam com a análise dos dados de navegação do usuário seguido do envio de publicidade direcionada, relacionando, por exemplo, a propaganda recebida pelo usuário com seu histórico de visitas a diferentes sítios, temas ou palavras-chave.

³² O STJ tem assim prosseguido, valendo-se do seguinte raciocínio para contornar (*contra legem*) a necessidade de remuneração do serviço imposta pelo art. 3º, § 2º, do CDC para que o código encontre aplicabilidade: “2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.” **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial 1316921/RJ, 3ª Turma, relatora Min. Nancy Andrighi, publicado em 29.06.12. No mesmo sentido, Recursos Especiais 1406448/RJ, 1308830/RS, 1186616/MG e outros.

³³ Como se asseverou em 2.1, o emprego de legislações não específicas como o CDC carrega inúmeros problemas, como (i) a não aplicação por todos os julgadores (levando a decisões díspares); (ii) a incompletude das disposições quanto aos fenômenos específicos da internet; e (iii) a inobservância das peculiaridades das relações virtuais e os respectivos atores envolvidos, em dissonância com o regramento de situações exteriores à internet.

Tais questões são carentes de regulamentação e, ainda que sejam de cunho mais específico (não merecendo portanto fazer parte do marco civil no modelo proposto), demandam a existência de um marco civil que trate de questões gerais e subjacentes³⁴.

4. CONCLUSÃO

4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como se versou ao longo dos tópicos analisados, o fenômeno da internet não é endereçado por legislação específica. Com isso, controvérsias que surgiram durante os 18 anos de exploração comercial da internet no Brasil exigiram de operadores do direito o recurso à analogia e a aplicação de legislações que não comportam as peculiaridades da internet. A carência de um marco civil gera insegurança jurídica, proporciona aos cidadãos decisões contraditórias, permite que agentes econômicos ajam em detrimento dos usuários do serviço e submete estes últimos à escassez de direitos e garantias, fazendo-os depender de esforços judiciais que lhes resguardem direitos individuais por meio da analogia. Concomitantemente, o Estado não encontra barreiras à sua atuação na internet, gatilho de que este pode valer-se oportunamente, em detrimento do usuário.

4.2. GARANTIA FRACA OU FORTE?

Como se versou ao longo dos tópicos analisados, importantes temas que impactam a dinâmica da internet, como neutralidade da rede, arquivo de registros de conexão e navegação, responsabilidade por conteúdo de terceiros e sua remoção, não têm regramento. Diante disso, contrapõem-se os interesses de usuários, de um lado, e provedores e plataformas de outro. Ainda que em número maior e amparados em alguns casos por legislações protetivas como o CDC e a lei 12.529 (que no entanto não abarcam todas as controvérsias, nem comportam as peculiaridades da internet), os usuários enfrentam o poder econômico das empresas provedoras do serviço, agentes

³⁴ O normativo sobre a proteção de dados pessoais na internet segue o mesmo modelo de elaboração legislativa adotado pelo marco civil (vide nota 3). O projeto, no entanto, aguarda a aprovação de um marco civil que lide com questões gerais e básicas, sob as quais se calcará a legislação específica. Vide <<http://culturadigital.br/dadospessoais/>>. Acesso em 28.10.13.

econômicos de grande porte e que geralmente detêm condições monopolísticas do serviço³⁵.

Diante do silêncio normativo que, em nossa concepção, não permite quaisquer condutas, mas sinaliza que o legislador apenas as indeterminou³⁶, empresas podem se engajar em atitudes nocivas ao usuário, especuladas no item 3.1. Por outras palavras, uma permissão fraca, isto é, não regulamentar, não é suficiente. Para que os agentes econômicos envolvidos no setor possam discriminar o conteúdo, deve haver uma permissão forte. Ou, caso o legislador entenda que os padrões de liberdade da internet devem ser privilegiados, em detrimento da liberdade de contratação e da autonomia privada que apraza os intermediários, deve-se positivar o princípio da neutralidade da rede. Este raciocínio, de que uma permissão fraca (não proibição) não endereça o problema da neutralidade de maneira satisfatória, aplica-se aos demais aspectos objetivos tratados no capítulo 3.

4.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de um marco civil é essencial para a definição das controvérsias expostas, a positivação de direitos dos usuários, a solução de questões que impactam o exercício destes direitos e a delimitação da atuação de empresas e do Estado.

³⁵ O conceito de monopólio natural compreende diversas acepções. A acepção aqui empregada é a econômica: tem-se um monopólio natural em um mercado em que a competição é ruína, autodestrutiva ou ineficiente. Isso decorre da exigência de custos irrecuperáveis de grande monta, além de custos fixos muito predominantes sobre os custos variáveis. Um exemplo recorrente é a infraestrutura de telecomunicações (caso ora sob análise). Uma linha telefônica paralela à já existente e detida por um competidor é uma imensa barreira à entrada à competição e uma provável má alocação de recursos (sempre escassos). Vide SALOMÃO FILHO, C. **As Estruturas**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 111-114.

³⁶ Vide Ferraz Jr., T. S. “Teoria da Norma Jurídica – Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa”, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 61, 64. Expõe o autor: “A tentação de se dizer que o silêncio libera o endereçado de qualquer vinculação complementar é grande. Isto nos levaria a dizer que o silêncio equivaleria à permissão. Acontece, porém, que se interpretarmos o silêncio como uma mensagem normativa que libera o endereçado, temos de admitir igualmente que o endereçado pode reagir ou confirmando ou rejeitando ou desconfirmando. A partir do silêncio do editor, porém, não é possível determinar a contra-reação da autoridade, pois o seu silêncio tanto pode indicar confirmação, rejeição ou desconfirmação. Embora o seu silêncio comunique, parece que, ao nível do cometimento, a única coisa que se pode inferir é que a relação entre editor e endereçado fica inqualificada. Chamar esta situação de permissão parece, pois, antes uma metáfora, para exprimir que o caráter da relação é indecível. (...) Distinguimos, assim, a norma permissiva do mero silêncio do editor normativo, como manifestação expressa da autoridade. O silêncio do editor não permite, mas indetermina”.

Fundamentalmente, a resposta à pergunta que motivou esta contribuição depende do conteúdo do marco civil sob discussão e do sujeito emissor da resposta, já que usuários e provedores têm, em diversos assuntos, interesses contrapostos. Ainda assim, em certa medida, aproveitam a definição das regras do jogo todos os atores envolvidos e, independentemente do conteúdo, especialmente a comunidade jurídica – que é munida de parâmetros e balizas para lidar com controvérsias.

Adotando-se uma posição democrática, em linha com os estimados 100 milhões de usuários da internet, a pergunta tem também resposta positiva: um marco civil é preciso para que se garanta a neutralidade da rede, a privacidade e a liberdade de expressão. A não regulação e a não interferência do Estado (na qualidade de legislador), ao menos nesse caso, não são benéficas ao usuário. O PL 2126/11, nos moldes como proposto ao Congresso Nacional, garante a internet livre³⁷ e alinha-se aos interesses dos usuários.

³⁷ Sintomático é o apoio de Tim Berners-Lee, criador da Web, ao projeto brasileiro. Vide “Tim Berners-Lee diz que o Brasil pode ser referência com o Marco Civil da Internet”, **ISTOÉ Dinheiro**, 17.05.13. Disponível em <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/119375_tim+bernerslee+diz+que+o+brasil+pode+ser+referencia+com+o+marco+civil+da+internet>. Acesso em 25.10.13.

BIBLIOGRAFIA

BERNERS-LEE, T. **Neutrality of the Net**. Decentralized Information Group. 2 Mai 2006. MIT Computer Science and Artificial Intelligence Laboratory. Disponível em <<http://dig.csail.mit.edu/breadcrumbs/node/132>>. Acesso em 24.10.13.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**, Projeto de Lei 2126/2011, apresentação em 24.08.11. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra;jsessionid=802a4807c538f2b138bd1dfc9b12f328.node1?codteor=912989&filename=pl+2126/2011>. Acesso em 22.10.13.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1308830/RS, relatora Min. Nancy Andrighi, decisão publicada em 19.06.12.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial 1316921/RJ, 3ª Turma, relatora Min. Nancy Andrighi, publicado em 29.06.12.

CANARIS, C. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz**, 2. Auflage, Duncker & Humblot, München, 1983, pp. 16-18.

DA SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 31ª ed., Malheiros, São Paulo, pp. 38, 43.

DA SILVA SANTARÉM, P. R. **O Direito achado na rede: A emergência do acesso à internet como direito fundamental no Brasil**. Dissertação de Mestrado sob a orientação do professor Dr. Cristiano Paixão, Universidade de Brasília, Set 2010, 158 p.

EUA. Federal Communication Commission, **Report and Order – Open Internet**, 2010. Disponível em <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf>. Acesso em 22.10.13.

FERRAZ JR., T. S. **Teoria da Norma Jurídica – Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 61, 64.

SALOMÃO FILHO, C. **As Estruturas**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 111-114.

VILANOVA, L. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**, São Paulo, Noeses, 2005, pp. 252-253.

WEITZNER, Daniel J. **The Neutral Internet: an Information Architecture for Open Societies**. MIT Computer Science and Artificial Intelligence Laboratory. Disponível em <<http://dig.csail.mit.edu/2006/06/neutralnet.html>>. Acesso em 26.10.13.

WU, Tim. **Network Neutrality FAQ**. Columbia Law School. Disponível em <http://timwu.org/network_neutrality.html>. Acesso em 26.10.13.

_____. Network Neutrality, Broadband Discrimination. **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, vol. 2, pp. 141-175, 2003. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=388863>> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863>>. Acesso em 23.10.13.