

**INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO DE BRASÍLIA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DIVALDO PEDRO MARINS ROCHA

**COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE
PERSONALIDADE NA INTERNET**

**BRASÍLIA,
SETEMBRO 2015**

DIVALDO PEDRO MARINS ROCHA

**COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO
E DIREITOS DE PERSONALIDADE NA INTERNET**

**Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
como requisito parcial para obtenção de
título de Mestre em Direito na linha de
pesquisa de Direitos e Garantias
Fundamentais**

**Orientador: Prof. Doutor Sérgio Antônio
Ferreira Victor**

**BRASÍLIA
SETEMBRO 2015**

DIVALDO PEDRO MARINS ROCHA

**COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE
PERSONALIDADE NA INTERNET**

**Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito
como requisito parcial para obtenção de
título de Mestre em Direito na linha de
pesquisa de Direitos e Garantias
Fundamentais**

Brasília – DF, 04 de Setembro de 2015

Prof. Doutor Sérgio Antonio Ferreira Victor

Prof. Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco

Prof. Doutor Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

“ A Punição que os bons sofrem, quando se recusam a agir, é viver sob o governo dos maus”.

PLATÃO

RESUMO

Essa dissertação tem como objetivo apresentar uma reflexão sobre as tensões entre direitos fundamentais – especificamente a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, no âmbito da internet brasileira, bem como as implicações da entrada em vigor da Lei 12.965/2014 – Marco Civil, fazendo um esforço para compreender em que medida tais tensões são estabelecidas e enfrentadas no âmbito da jurisprudência e doutrina pátrias, revelando como a internet pode influenciar que sejam repensados os critérios de resolução de colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão e os direitos de personalidade

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil da Internet – tensão e colisão – liberdade de expressão – direitos de personalidade – ponderação de juízos.

ABSTRACT

This dissertation aims to understand tensions between fundamental rights – specifically the freedom of expression and the rights of personality, in the context of the Brazilian internet, as well as the implications of Law 12,965/2014 – Marco Civil, making an effort to understand to what extent such tensions are established and faced within Brazilian jurisprudence and doctrine, showing how the internet can influence to reconsider the criterion of resolution for collision between fundamental rights – specifically the freedom of expression and the rights of personality

KEYWORDS: Marco Civil da Internet – tensions and collision – freedom of expression – rights of personality – balancing.

LISTA DE ABREVIATURAS

- ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
- Amcham - American Chamber of Commerce
- ARPUB - Associação das Rádios Públicas do Brasil
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- DMCA - Digital Millennium Copyright Act
- FGV – Fundação Getúlio Vargas
- GIC – Global Internet Council
- GIPC - Global Internet Policy Council
- gTLDs - generic Top-Level Domain
- ICANN - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
- IGF – internet Governance Forum
- IIC – Internet International Council
- IP Internet Protocol.
- ISP - Internet Service Provider
- MIT - Massachusetts Institute of Technology
- ONU – Organização das Nações Unidas
- SMS – Send Message Service
- TCP Transmission Control Protocol
- TLDs - Top-Level Domain
- WGIG - Working Group on Internet Governance
- WSI - World Summit on the Information
- WSIS - World Summit on the Information Society

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 INTERNET E SUAS PERSPECTIVAS	13
1.1 Crescimento e alcance da Internet.....	13
1.2 Perspectivas do Direito de Internet.....	15
1.2.1 Necessidade de uma governança de internet multi-nível.....	16
1.2.2 Auto governança de Internet.....	18
1.2.3 Governança Transnacional de Internet e propostas do Working Group on Internet Governance - WGIG.....	19
1.3 Democracia e liberdade na internet	22
1.3.1 Conceito de Democracia e liberdade na internet.....	22
1.3.2 Democracia representativa e participativa.....	23
1.3.3 A liberdade e o anonimato na internet	26
1.3.4 Característica generativa da internet e futuros desafios.....	31
2. LEGISLAÇÃO DE INTERNET NO BRASIL	34
2. 1 Carência de uma legislação referente a internet no Brasil e condições para o surgimento do Marco Civil da Internet.....	34
2.2 Lei nº 12.737, de 30 de Novembro de 2012 - Lei Carolina Dieckmann.....	37
2.3 Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014	38
2.3.1 Avanços trazidos pela Lei do Marco Civil da Internet, sob o ponto de vista democrático e garantidor de direitos fundamentais.....	39
2.3.2 Responsabilidade Civil dos provedores de conteúdo na ofensa aos direitos de personalidade e o Marco Civil da Internet.....	44
2.3.3 Remoção de conteúdo - <i>Notice and Takedown</i>	51
3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE NA INTERNET BRASILEIRA	56
3.1 Liberdade de expressão e liberdade de pensamento.....	56
3.1.1 Evolução da liberdade de expressão nas Constituições brasileiras.....	57
3.1.2 Liberdade de expressão e suas limitações.....	60
3.2 Direitos de personalidade.....	65
3.2.1 Evolução histórico constitucional dos direitos de personalidade.....	65
3.2.2 Direitos de personalidade como limite constitucional à Liberdade de Expressão.....	70

3.3 Colisão e tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet brasileira.....	73
3.4 Ponderação de interesses na resolução de colisão entre direitos fundamentais.....	82
3.5 Legitimidade no Juízo de ponderação e tripartição de poderes no regime democrático (críticas à ponderação).....	85
3.6 Técnica de ponderação.....	91
3.7 Ponderação de interesses na colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet brasileira.....	96
4. ESTUDOS DE CASOS: ORKUT / GOOGLE X ALIANDRA E O LINCHAMENTO DE FABIANE MARIA DE JESUS.....	101
CONSIDERAÇÕES.....	108
REFERÊNCIAS.....	114
ANEXOS	123

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa – nominada *Colisão entre direitos fundamentais: liberdade de expressão, direitos de personalidade na internet brasileira e o Marco Civil da internet* – teve seus contornos elaborados a partir da necessidade de melhor compreensão da Lei 12.965/2014, recém-chegada ao ordenamento jurídico brasileiro trazendo polêmica em relação à regência de situações que a ela se subsumem desde então.

A razão disso é que antes em nossa trajetória jurídica houve a confratação de legislação de tamanho vulto e suporte, suscitada nos intensos debates – acadêmicos, parlamentares etc. - que, por sua vez, revelaram-se a partir de situações específicas de supostas violações a direitos fundamentais. Desde o caso Carolina Dieckmann, passando por exposições midiáticas em blogs e demais instrumentos de comunicação virtual, somadas à convergência dos meios de comunicação em dispositivos portáteis de geral acesso, que além de possibilitar o consumo de informação, permite que os usuários também façam parte do processos de produção da notícia, divulgação, multiplicação.

Tudo acena para a necessidade de regulação dos limites e contornos da liberdade de expressão observados em conjunto ao respeito ao direitos de personalidade.

Com isso se fomentou o tema *direitos fundamentais*, que trouxe a lume a reflexão sobre eventuais tensões entre, de um lado, o afã da liberdade em meio da saída de um período intenso de censura e de restrição ditatorial, materializada liberdade na sua dimensão correlata à expressão, e, de outro, a salvaguarda dos direitos da personalidade, considerando ainda a pontual inserção da Lei 12.965/2014 – denominada Marco Civil da Internet. Busca-se, com isso: (i) compreender em que medida tais tensões entre direitos fundamentais são estabelecidas e enfrentadas no âmbito da jurisprudência e doutrina pátrias;(ii) como o Marco Civil da Internet se coaduna com as propostas de governança global de internet propostos pela WGIG - *Working Group on Internet Governance*, no que diz respeito a preservação da característica generativa da internet e ao mesmo tempo resguardar o respeito aos direitos fundamentais de seus usuários, já que o assunto é relativamente recente em termos de regulação no Brasil.

Tal empreitada será executada em quatro momentos. No primeiro capítulo será feita uma tessitura em torno da contextualização da internet no cenário internacional, apresentando as implicações do desenvolvimento da rede, bem como refletindo sobre a necessidade de regulação global e nacionais, considerando as especificidades da internet e suas arquiteturas de rede. Para tanto, serão trabalhadas algumas categorias, tais como, governança transnacional de internet, as relações entre democracia, liberdade na internet e generatividade, adotando-se, entre outros autores, Norberto Bobbio, Lawrence Lessig, Barlow, Jonathan Zittrain e Zygmunt Bauman.

O segundo capítulo lida com a normatização do tema, expondo as bases do que posteriormente se materializou na Lei 12.965/2014. Será exposta uma cronologia sobre a legislação de internet no Brasil, observando-se a carência de normatizações adequadas ao tema, bem como clarificando o papel da precursora Lei nº 12.737/12, conhecida como Lei Carolina Dieckmann. A seguir será pontuado o Marco Civil da Internet, consubstanciado na Lei nº 12.965/2014, expondo os avanços trazidos antes mesmo de sua entrada em vigor, visto a participação direta do cidadão na produção legislativa – corolário democrático – ou, ainda, como garantidor dos direitos fundamentais. O suporte do argumento tanto será elaborado a partir dos autores anteriormente citados como também com arrimo no que a recente jurisprudência expõe sobre o tema, uma vez que a legislação é recente no cenário nacional.

A finalização do segundo capítulo já demarca a transição para o terceiro, que enfrentará a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, ambos contextualizados a partir de sua inserção no âmbito da internet, em um necessário recorte em contraponto ao que usualmente é abordado genericamente sobre tal dicotomia.

A especificidade do meio virtual traz uma necessária reflexão sobre eventuais distinções de tensões e colisões entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, se comparada às relações interpessoais travadas na mídia impressa e televisiva antes do advento da internet nos moldes atuais com a massiva utilização das redes sociais pelo cidadão brasileiro.

Ao final de tal capítulo advirá, como decorrência da construção do argumento, o construto colisão/tensão entre a liberdade de expressão e os direitos

de personalidade e técnicas de solução de conflitos, utilizando-se, para tanto, algumas abordagens, tais como de Paulo Gonet, Gilmar Mendes, Jairo Schäfer, Ulrich Karpen, Rodrigo Bornholdt, Hanna Arendt, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmiento e Robert Alexy, estes últimos alinhavando o cenário para o enfrentamento da colisão/tensão mediante a técnica de ponderação de interesses a ser explicitada ao final do capítulo.

Por fim, o quarto e último capítulo trará a análise aplicada a dois casos concretos de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet brasileira, suas repercussões e como a especificidade das relações em internet, utilizando a técnica de ponderação, podem contribuir para se repensar os critérios de resolução de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade.

A metodologia utilizada consiste em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sem deixar de mencionar o acesso virtual a artigos e relatórios de sites de provedores de conteúdo relacionados ao tema, alinhavados pelo método dedutivo, uma vez que se partirá do impacto genérico do fomento às relações no âmbito virtual, para se chegar à regulação pontual por via legal. Em alguns momentos da trajetória da pesquisa, o método dialético será utilizado, já que o tema lida com o binômio tensão/colisão, interação que, por sua natureza, pressupõe polarizações e equacionamentos.

Por intermédio da pesquisa se espera apresentar considerações relevantes para melhor municiar a comunidade acadêmica e profissional de elementos para reflexão sobre o tema, com fito a busca de soluções jurídicas cada vez mais adequadas às peculiaridades do panorama das relações interpessoais em meios digitais no Brasil, que se tornam com o passar do tempo cada vez mais tecnológicas, voláteis e complexas.

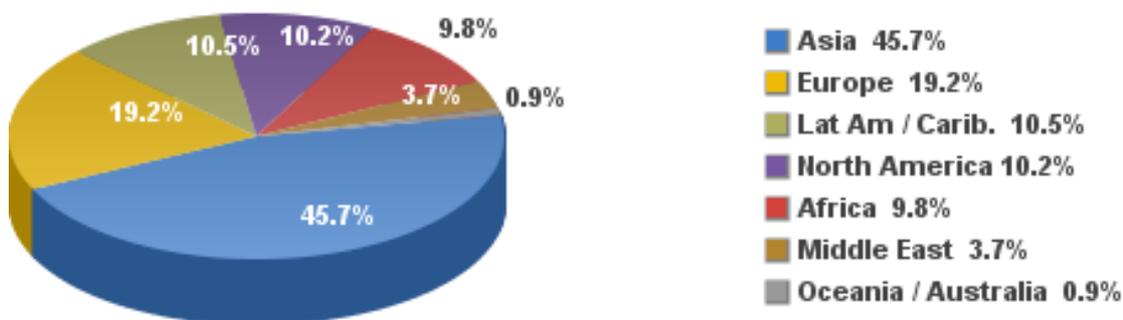
1 INTERNET E SUAS PERSPECTIVAS

1.1 Crescimento e alcance da Internet

O número crescente de computadores interligados em rede e a constante criação de dispositivos cada vez mais modernos e eficientes já alteraram por completo o cenário cultural, social e humano e ainda trará transformações ainda mais significativas nas próximas décadas.

De acordo com a *Internet World Stats*, o número de usuários de internet de 1,98 bilhão, contabilizados em 2010, passou a ser de 3,035,749,340 em 2013, segundo última atualização de dados do *United States Census Bureau*¹, o que representa 42,3% da população mundial, apresentando um crescimento de 741% de crescimento desde 2000.²

Internet Users in the World Distribution by World Regions - 2014 Q2



Source: Internet World Stats - www.internetworldstats.com/stats.htm

Basis: 3,035,749,340 Internet users on June 30, 2014

Copyright © 2014, Miniwatts Marketing Group

Ainda segundo a pesquisa, a Ásia detêm quase 1,3 bilhões de usuários, correspondente a 47,3 % dos usuários mundiais. 70.5% da população da Europa tem o acesso à Internet, mas esse percentual é reduzido para 26,5% na África. Na América do Sul, um pouco mais de 220 milhões de pessoas têm acesso à Internet, sendo que metade, ou seja 110 milhões, são brasileiros.³

¹Disponível em: <http://www.census.gov/#> acesso em 01 de dezembro de 2014. Acesso em:

²Disponível em: <http://www.internetworldstats.com/> acesso em 15 de dezembro de 2014. Acesso em: novembro 2014.

³ Ibid.

Nos últimos cinco anos a internet tem não apenas cresce em número de usuários, se distribui de forma cada vez mais homogênea no mundo, fazendo aos poucos parte da vida de pessoas que no passado não muito distante não eram familiarizados com computadores, muito menos com internet.

Pelos números apresentados, a internet representa o mais rápido crescimento da tecnologia da informação já visto na história, seja no seu alcance como em sua velocidade. Como outras tecnologias que revolucionariam a sociedade, demanda a atenção dos estudiosos do direito, que buscam entender e reagir ao conflitos na rede (surgidos aos anos 90), aos desafios resultantes do advento desse instrumento que revoluciona a comunicação humana.

Pelos números apresentados, a internet representa o mais rápido crescimento da tecnologia de informação já visto na história, e como outras tecnologias que revolucionariam a sociedade, a internet demanda a atenção do estudiosos do Direito desde os primeiros conflitos na rede que surgiram por volta dos anos 90, como complexos dos desafios futuros a serem enfrentados com o advento de novas tecnologias e novos aproveitamentos desse instrumento que revolucionou a comunicação humana, seja no seu alcance como em sua velocidade.

A internet adentrando em territórios notoriamente menos favorecidos, de recursos financeiros ao acesso à educação e informação, revela uma necessidade global de uma perspectiva mais humana, democrática e garantidoras de direitos humanos e direitos fundamentais, que por vezes tem se apresentado como uma preocupação secundaria dos grande grupos que dominam o funcionamento da rede, tendo na mesma fonte de expressivo lucro e controle político.

Assim como a internet, vem surgindo e sendo desenvolvidas novas tecnologias, arquiteturas inovadoras e aplicações criativas, o direito da internet também sofreu e tem sofrido transformações no que se refere às preocupações sobre o tema regulação, normatização e governança de internet, proteção aos usuários, estes globalmente distribuídos porém detentores de direitos e garantias fundamentais e na busca de soluções para conflitos nas redes sociais, que devido as características do meio, tais conflitos assumem peculiares contornos.

1.2 Perspectivas do Direito de Internet

Em meados de 1996, o juiz *Frank Easterbrook*, juiz da Sétima Corte de Apelação Americana, proferiu uma palestra bastante provocativa para os acadêmicos de Direito da Universidade de Chicago, defendendo que o Direito de Internet jamais poderia reformular os princípios da propriedade, relata Michael Rustad⁴.

Na mesma década, Lawrence Lessig, professor da Universidade de Harvard, fazendo referência às colocações do Juiz Easterbrook aos seus alunos, defende que há muito valor em um exame mais minucioso das possibilidades em que o Direito e espaço cibernético se entrelaçam e como alguns conceitos jurídicos podem ser abalados.⁵ Segundo Lessig, os legisladores precisam reconfigurar o Direito de Internet considerando normas, mercados, softwares e arquitetura (de rede). Analisar o Direito da Internet sem considerar suas peculiaridades, resulta em risco de ocorrer um estudo superficial.⁶

Passadas mais de duas décadas de utilização comercial da Internet no mundo, tem-se que o Direito de Internet afeta conceitos jurídicos já estabelecidas em áreas como de responsabilidade civil, contratos e propriedade intelectual, carecendo além de uma regulamentação nacional e de uma governança global e setorializada.

Nos últimos cinco anos, a maior penetração da internet em camadas da sociedade que antes não tinham acesso ao meio virtual fez com que a utilização da rede ocorresse de forma mais homogênea entre os cidadãos comuns, uma das causas desse fato foi o maior acesso desses cidadãos aos dispositivos portáteis (celulares, *smartphones* e *tablets*) que permitem com a convergência dos meios de comunicação, permitem a real possibilidade de se consumir, produzir e multiplicar conteúdos, revelando que vivemos não apenas a era na informação mas a era da

⁴ RUSTAD, Michael L. – **Internet Law in a Nutshell**, Ed. West, Suffolk University Law School, 2013. p. 34

⁵ LESSIG, Lawrence. **What Cyber law Might Teach**, 113 Harvard. L. Rev.501.1999.p. 235.

⁶ Ibid.

velocidade em que a informação circula, o que cria um ambiente ainda mais sensível ao desrespeito de direitos fundamentais.⁷

1.2.1 Necessidade de uma governança de internet multi-nível

Como a Internet é um ambiente de fluxo de conteúdo entre indivíduos e instituições que ignora fronteiras físicas, torna-se indispensável um ambiente melhor organizado e mais seguro e respeitador dos direitos de seus usuários.

A governança da internet não cuida somente da organização do meio virtual, como também tem a preocupação com a indispensável manutenção de suas especificidades, que proporcionaram o crescimento e distribuição da rede, com arquiteturas abertas, que privilegiam a criação de novas possibilidades de aplicação e utilidade.

Segundo Lawrence Solum, as teorias de governança da internet contam com cinco características que devem ser levadas em consideração: (i) Auto-regulação: a governança da internet deve estar totalmente fora do alcance do controle governamental; (ii) Instituições transnacionais: requer a criação de instituições internacionais que tenham dentro de suas premissas a ideia do espaço cibernético, ou seja, que transcenda as fronteiras dos países. Ex: ISOC, WICANN; (iii) Códigos e Arquitetura: Determinado pela grande quantidade de códigos de programa e arquitetura diretamente ligados ao funcionamento e a organização da internet; (iiii) Regulação do espaço cibernético: Tão necessário como a regulação dos negócios de “*brick and mortar*”, ou seja como no mundo físico; Regulação de mercado: Determina a regulação da economia como principal propulsora e desenvolvedora da Internet.⁸

Apesar de algumas nações desenvolvidas como Estados Unidos e alguns países da Europa, já contarem com certa regulação e normatização para o uso da internet em níveis nacionais e conseqüentemente uma melhor aplicação, fiscalização e sanções por partilharem a mesma jurisdição, carece no mundo uma

⁷ BAUMAN, Zygmunt – **Danos Colaterais: Desigualdades sociais numa era global**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Zahar, Ed. Rio de Janeiro, 2012.pos. 2049.

⁸ SOLUM, Lawrence. **Models of Internet Governance**. Washington D.C.: Oxford University Press. 2009

governança global que se coadune com as diretrizes nacionais e que possa contribuir para uma melhor fluidez da rede e uma maior abrangência e uniformização dos dispositivos legais atinentes à internet.

Seja quais forem as características e a organização da governança de internet mundial, esta deve abranger e se mostrar compassada com as legislações nacionais existentes aplicadas ao seu uso, sob o risco de criar um ambiente cada vez menos homogêneo, compreendendo tratamento diverso por leis nacionais aplicáveis à espécie diferente em cada nação.

Importante considerar as características próprias da internet, onde a liberdade fora sempre primordial ao seu crescimento e desenvolvimento, não confundir internet livre com internet sem regulações ou regras.

Um dos papéis mais importantes de um conjunto de normas, sejam nacionais, internacionais ou transnacionais, é garantir que sejam respeitados os direitos de seus usuários, impedindo controle, monitoramento e censura que afastam a rede e seus elementos dos ideais democráticos.

Dentro às opções de governança de internet, Solum e Lessig defendem a Governança de Internet Transnacional, mas existem aqueles que defendem uma internet livre (John Perry Barlow), sem qualquer ingerência dos governos regionais ou mundial, sob a alegação que a internet e seus usuários podem e devem ser livres e independentes.⁹

Barlow, com seu manifesto de independência lançado em 1996, gozando ainda de sua popularidade mundial por ser letrista da banda americana Garfunkel, teve considerável abrangência nos meios que se discute governança da internet, o que se mostrou bastante salutar no desenvolvimento e surgimento de novas propostas, pois é tocando aos extremos que se pode alcançar o equilíbrio.

Da mesma forma que a internet foi criada, se desenvolveu e ampliou-se no mundo, com a participação de mais integrantes que discutem assuntos em comum, as divergentes características dos participantes assim como suas diferentes origens, localização geográfica e diferentes interesses, permitem uma discussão mas democrática, pluralista e mais profunda com novas e amplas perspectivas.

⁹ BARLOW, John Perry. **A Declaration of Independence of Cyberspace**. Davos. 1996.

1.2.2 Auto Governança da Internet

No que se refere à perspectiva de auto governança da Internet, esta pode ser melhor representada pelo manifesto de John Barlow, “Declaração de Independência do espaço Cibernético”¹⁰ publicado em 1996. Segundo Barlow, o Governo não tem lugar no mundo da internet e que a vigilância da internet seria como uma nova forma de “*Panopticon*”, concebida pelo filósofo e jurista Inglês Jeremy Bentham em 1798.¹¹

Tal visão libertária é compartilhada por David Post, também conhecido como teórico utópico, que defende seu posicionamento devido à forma como são enviadas e recebidas as informações na internet (código e arquitetura), mediante protocolos e sem as distinções geográficas, o que causaria conflitos concernentes à jurisdição quando se cruza fronteiras internacionais.¹²

David Post em sua obra, relata um exemplo onde um conteúdo enviado de um computador da Áustria, usando um provedor na Holanda, é enviado para computadores na Grã Bretanha e México, que por sua vez têm seu provedor no estado da Virginia, USA.¹³

Post defende que o conteúdo poderia ser ilegal em alguns desses países e em outros não ou, ainda, algo concernente ao direito de propriedade intelectual seria registrado num país e em outro não. Resta assim, por causa da questão de jurisdição, ausente a segurança na definição de leis de quais países deveriam ser aplicadas na resolução de um conflito.¹⁴

Segundo Rustad, a internet cria o que Jürgen Habermas, chama de legitimação da crise, erodindo a autoridade estatal, ou seja, a internet ao poucos e sistematicamente vai ceifando a autoridade governamental, pois o mundo carece de

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² POST, David. **Governing Cyberspace: Law.** 24 Santa Clara Computer & High Tech L.J.2008

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

acordos internacionais que possam permitir a aplicação do Direito de forma extraterritorial.¹⁵

Johnson e Post defendem que o termo “ONDE” no mundo virtual não desempenha o mesmo papel do “ONDE” no mundo de tijolo e concreto. Segundo Johnson e Post, os princípios tradicionais do Direito como concebidos não se engrenam bem com o mundo virtual.¹⁶

Johnson e Post preveem ainda uma soberania apátrida emergente, que ignora a geografia e desconhece fronteiras, algo que pode ser um problema, pois a geografia é tradicionalmente decisiva para determinar jurisdição. De acordo com os autores, a questão não é o quanto os estados podem regular a internet, e sim se eles terão no futuro capacidade para tal.¹⁷

Para resolver as questões afetas à soberania, segundo os autores, será necessário adotar uma governança de Internet que ignore fronteiras, e se assemelhe ao funcionamento da rede, independente da região, o fluxo de conteúdo trafega, em regra, dentro dos mesmos padrões de fluxo de dados.

1.2.3 Governança Transnacional de Internet e propostas do *Working Group on Internet Governance* - WGIG

De acordo com Lawrence Solum, filósofo e professor da Universidade de Illinois, a possibilidade de administração transnacional da internet está apenas começando e se levará um bom tempo até seu equilíbrio e bom funcionamento.¹⁸

O Secretariado das Nações Unidas estabeleceu em 2003 o *Working Group on Internet Governance* - O WGIG, para estudar e fazer novas proposições para Administração Global da Internet.¹⁹ O WGIG é conveniado ao *World Summit on the*

¹⁵ RUSTAD, Michael L. – **Internet Law in a Nutshell**, Ed. West, Suffolk University Law School. Boston. p. 43

¹⁶ JOHNSON, David R.;POST David R. **The Rise of Law in Cyberspace**,48 Stan. L. Rev. 1367. 1996

¹⁷ Ibid.,.

¹⁸ SOLUM, Lawrence. **Models of Internet Governance**. Washington D.C.: Oxford University Press 2009

¹⁹ Disponível em: <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Acesso em: novembro 2014.

Information Society - WSIS, que teve suas primeiras edições em Genebra, 2003 e na Tunísia, 2005, assim como o *internet Governance Forum – IGF*²⁰, vinculado às Nações Unidas, que terá sua edição de 2015 realizada no Brasil entre os dias 10 e 13 de novembro na cidade de João Pessoa.

A função destes fóruns de discussão periódica anual, em nível global, é dar suporte à Secretaria das Nações Unidas e ao WGIG, do qual participam governos, setor privado e sociedade civil, e discutir elementos vinculados à administração da internet mundial e analisam possíveis padrões para governança transnacional de Internet para o futuro.

A governança da Internet de forma compartilhada mostra-se, segundo Lawrence Solum, a mais adequada às suas especificidades e ao seu uso pela sociedade mundial, conta ainda com a pluralidade de governos participantes, elencadas as seguinte prioridades de trabalho e discussão do WGIG:

1 – O governo dos Estados Unidos controlando unilateralmente a base ou raiz dos servidores de internet, revela uma relação formal de controle que preocupa o WGIG;

2 - O problema dos ISP em longas distâncias e seus custos;

3 – Um mecanismo de controle de implemento de segurança de redes que não seja multilateral;

4- A necessidade de uma mesma definição global de *spam* e criação de leis *AntiSpam*.

5 – O desenvolvimento de uma sociedade civil, com cidadãos que possam atuar como associados aos fóruns, contribuindo para uma transparente e aberta participação de todos.

6 – Necessidade de auxílio aos países em desenvolvimento para poderem desenvolver uma regulação nacional de governança de internet;

7- Necessidade de desenvolver políticas e procedimentos para gTLDs como uma prioridade;

²⁰ Disponível em: <http://www.intgovforum.org/cms/>. Acesso em: novembro 2014.

8 – Implementação de políticas destinadas aos endereços de IP e sua melhor distribuição;

9- O problema da proteção de propriedade intelectual no espaço cibernético equilibrado com os Direitos de proprietários de IP e seus direitos de uso;

10 – Medidas e combate aos crimes de internet;

11- Proporcionar ao usuário segurança e controle de suas informações pessoais;

12 – Um Código Global de regulação de consumo, para uma melhor e mais confiável oferta de produtos e serviços no mundo virtual;

13 – Questões não resolvidas de multi linguagens na internet, padrões inadequados de TLDs, assim como de teclas.²¹

O WGIG propõem quatro paradigmas a serem seguidos para uma governança compartilhada, os quais ilustram bem o modelo Transnacional de governança de Internet defendido por Solum, envolvendo instituições transnacionais, cada uma com sua função, como auditar, estabelecer critérios de privacidade, regulação, arbitragem no caso de conflitos, operacional e gerenciamento do dia a dia, e ter uma estrutura organizacional. A proposta discutida nos referidos fóruns contam com as seguintes estruturas e diretrizes:

1 – um Conselho de Internet Global - GIC, ancorado pelas Nações Unidas, porém com própria representação, onde ocorreria uma eventual substituição do ICANN, criando políticas públicas relevantes à governança da Internet, processo semelhante ao que ocorre hoje na WGIG. O GIC possibilitaria o sincronismo entre algumas políticas publicas nacionais e internacionais no que tange a propriedade intelectual, nomes de domínios, segurança na internet, crimes na internet. O GIC supervisionaria os endereços de IP, além de estabelecer políticas publicas aplicáveis a *spams*, privacidade, segurança na rede, e crimes na internet. Esta entidade cuidaria da proteção do comércio internacional e propriedade intelectual;

2- Pluralidade de participação - Fóruns multinacionais de discussão podem criam um espaço mais transparente, democrático e vigilante quanto ao respeito aos

²¹ Disponível em: <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Acesso em: novembro 2014.

Direitos humanos, para solucionar questões das mais variadas, permitindo uma participação igualitária de seus membros;

3 – Conselho Internacional de Internet – IIC - teria como aspiração questões de acesso e operaria de forma mais transparente, democrática e independente, principalmente no que concerne a tomada de decisões e de uma forma coordenada;

4- Modelo Misto - concebe o governo como desenvolvedor de políticas públicas com a supervisão do **Global Internet Policy Council - GIPC** que por sua vez, teria a participação da sociedade civil e setores privados. Ocorrendo também a criação da WICANN, substituiria o antigo ICANN e controle Departamento de Comércio do Governo Americano.²²

Os encontros, normalmente realizados anualmente, discutem os problemas enfrentados mundialmente pelos usuários da rede, são discutidas propostas e criados novos grupos de estudos específicos sobre cada necessidade, um dos focos das propostas tornar o alcance da internet mundial como cada vez maior e ao mesmo tempo possibilitar um ambiente criativo e democrático.

1.3 Democracia e liberdade na internet.

1.3.1 Conceito de Democracia e liberdade na internet

De início, cumpre atrelar os conceitos adequados para melhor adentrar na seara digital no que tange à liberdade do usuário na rede de internet, antes de se analisar as condutas de usuários abordadas neste presente trabalho, assim como trazer o conceito de democracia e democracia participativa, conceitos úteis ao presente trabalho, inseridos no inovador processo de produção legislativa utilizado para a materialização de projeto de lei que culminou no Marco Civil da Internet.

O conceito de democracia, sob a perspectiva de Norberto Bobbio, revela-se como um conceito não elástico, que se permite puxar de um lado e do outro à vontade. “ Desde que o mundo é mundo, democracia significa o governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou de uma minoria [...] Não, o conceito de democracia não é um conceito elástico. Na sua

²² Disponível em: <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>. Acesso em: novembro 2014.

contraposição à autocracia é um conceito de contornos precisos. E eu o defino desta forma: “democrático” é um sistema de poder no qual as decisões coletivas, isto é, as decisões que interessam a toda a coletividade (grande ou pequena que seja) são tomadas por todos os membros que a compõe.”²³

Verifica-se, portanto, segundo Bobbio, que “A democracia é um sistema de poder onde todos participam nas decisões que irão atingir a coletividade, trazendo desta forma uma ideia de liberdade e igualdade”.²⁴

Partindo do pressuposto de que somos – idealmente iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A democracia, no plano das ideias, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo.²⁵

Verifica-se, portanto, que o povo permanece livre por se submeter à ordem social imposta por ele próprio, Kelsen vê a liberdade como apenas uma ideologia e a democracia seria a forma de realmente exercê-la, tendo em vista o que para que exista igualdade entre os indivíduos, é necessário que estes estejam sob um comando.

1.3.2 Democracia representativa e participativa

Para uma melhor compreensão do tema em estudo, torna-se necessário abordar a questão da soberania popular. Segundo Rousseau, esta não pode ser representada. O povo inglês acreditava ser livre mas se enganava redondamente; só o é durante a eleição do parlamento; após o processo de eleição, o povo volta a

²³ BOBBIO, Roberto. **Qual o Socialismo**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2.002. pág.79

²⁴ Ibid.

²⁵ KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução Vera Barkow - São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993.

ser escravo, não é mais nada, e uma verdadeira democracia jamais existiu e jamais existirá.²⁶

Rousseau defende que soberania popular é absoluta, não acreditando que o cidadão possa ser representado, vez que a democracia só seria possível em sua forma direta, isto é, com a participação direta da população nos processos deliberativos ou decisórios, e não mediante um terceiro que o represente.

Percebe-se então que sob a ótica de Rousseau, o simples fato de existir uma falsa concepção de democracia, não classifica os Estados como democráticos, vez que esta somente se daria mediante a efetiva e direta participação da população nos mecanismos de governo, o que, em tempos modernos, sabe-se ser impossível.

Segundo Norberto Bobbio “[...] democracia direta entende-se literalmente a participação de todos os cidadãos em todas decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata”²⁷, o que seria materialmente impossível, dada a complexidade e tamanho que se encontram hoje as sociedades modernas. Desta forma, plebiscitos e referendos deveriam ser levados diariamente à apreciação popular.

Quanto à democracia indireta ou representativa, que se apresenta como base dos governos nos tempos modernos, apresenta-se como sendo aquela onde o povo se governa por meio de “representante” ou “representantes” que, escolhidos pelo povo, tomam em seu nome e presumidamente no seu interesse as decisões de governo. O modelo clássico de democracia indireta é chamada democracia representativa dois subsistemas: o puro, ou tradicional, e a democracia pelos partidos.²⁸

Pode se aferir então que o tipo de democracia direta ou indireta será definido de acordo com a forma que o cidadão interfere no sistema legislativo do Estado.

O posterior capítulo abordará o processo de discussão do projeto de lei PL 2126/2011, que culminou na Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, inédita experiência vivenciada pelo cidadão brasileiro, que

²⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios dos Direito Políticos**. Tradução Lourdes Santos Machado, São Paulo: Ed. Abril, 1973.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8ª edição .Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000. pág. 65

²⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 18º Edição .São Paulo: Ed. Saraiva, 1990 .pág.71.

pôde atuar ativa e diretamente no processo legislativo nacional, experimentando uma atuação legítima de democracia participativa direta, o que por certo influenciará futuros processos legislativos.

Quanto ao conceito de liberdade, tentar conceitua-la como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder reflete uma concepção de liberdade em sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas tem o defeito de definir liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.²⁹ Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Nesse sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. “O problema está em estabelecer, entre liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão médio possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão de sua personalidade”³⁰. Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirma é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe.³¹

Neste contexto, a definição que se amolda ao presente trabalho, segue a ótica de conceito de liberdade trazido por Isaac Berlin, tem-se que a liberdade que consiste em ser seu próprio senhor e a liberdade que consiste em não ser impedido por outros homens de escolher como agir podem parecer, diante das circunstâncias, conceitos tão distantes entre si do ponto de vista lógico, nada mais do que as formas negativas e positivas de dizer a mesma coisa.³² A liberdade para o homem possibilita viver sua essência dentro as possibilidades oferecidas, não poder fazer escolhas, ceifa a oportunidade do homem de descobrir o mundo e novas possibilidades. No

²⁹ SILVA, Jose Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**.. São Paulo: Malheiros, 2014.p 234.

³⁰ Cf. Harold Laski, ob cit,p.8

³¹ SILVA, Jose Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**.. São Paulo: Malheiros, 2014.p 234.

³² BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade. Estudos sobre a humanidade** . SP Companhia das letras,2002, p. 237

âmbito do desenvolvimento da internet, a liberdade atual como característica principal desde o seu surgimento e proporcionou o seu crescimento e popularidade.

1.3.3 A liberdade e o anonimato na internet

Quando protegidos pelo anonimato, sem o medo de julgamento ou repreensões, o homem pode exibir sem maiores constrangimentos o que tem em seu íntimo, seus pensamentos mais triviais como suas ideologias ou sonhos mais privados.

Assim, a liberdade agregada ao anonimato pode proporcionar ao homem expor sua essência despida de seu auto julgamento ou medo de repreensão, e as manifestações ecoam e proliferam num compartilhamento de conteúdo sem fim. "O que há de tão perigoso no fato de as pessoas se exporem e de seus discursos proliferarem indefinidamente? Onde, afinal, está o perigo?", questiona Foucault sobre a produção dos discursos³³

Ora, a internet não deixa de ser um instrumento, uma ferramenta, que com suas especificidades pode ser utilizada para diferenciados propósitos, evidente que também pode ser utilizada para práticas não tão edificantes como obter conhecimento, informar ou educar.

Necessário, portanto, inicialmente identificar a ocorrência do extrapolar sua liberdade de ação de usuários da internet, adentrando e agredindo a liberdade de terceiro, violando seus direitos de personalidade, constitucionalmente protegidos, e estes atores, quando não mais protegidos pelo manto do anonimato, quando causadores de danos justificam sua conduta em estarem exercendo seu direito de liberdade de expressão.

Existe hoje no Brasil, a auto-intitulação "blogueiros" utilizada por alguns, que os qualifica informalmente como algum tipo de jornalista que aborda e escreve sobre os mais variados temas, e ao adquirir uma certa notoriedade, o que a própria

³³ FOUCAULT. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad.: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996. p. 79

arquitetura de internet permite, estes passam a ter, eletronicamente, seguidores como fiéis espectadores.

No caso de alguns blogs, vlogs ou sites, sem muito esforço pode se chegar aos seus fundadores ou responsáveis, havendo disponibilização de conteúdo sobre suas informações pessoais, pois dependendo da natureza do material veiculado na rede, os que emitem suas opiniões buscam uma projeção social e promoção pessoal, inerente ao ser humano.

Em outros casos de sites ou blogs, que justamente aproveitam da dificuldade de identificação seus autores, não disponibilizam qualquer meio que possa ajudar a identificá-los, justamente com o receio de uma futura identificação pessoal e a possibilidade de serem responsabilizados por suas condutas.

A criatividade humana capaz de proporcionar o surgimento de um instrumento como a internet também proporciona a infindável possibilidade de sua utilização, pois sua arquitetura possibilita a interação entre agentes, aperfeiçoando o que já fora produzido. Criativas são as inúmeras formas de se ocultar ou manter-se no anonimato, quando isso for conveniente.

A arquitetura da internet descrita por Lawrence Lessig “sempre criativa e inovadora”³⁴, possibilitou o surgimento de aplicativos e sites que permitem a participação daqueles notadamente mais tímidos, que em vez de produzir material a ser publicado, apenas observam os conteúdos, divertindo-se com os frequentes embates de participantes mais exaltados de posicionamentos divergentes, permitindo a estes apenas “concordar” ou “não concordar”, “gostar” ou “não gostar” ou simplesmente compartilhar com terceiros o conteúdo acessado.

Importante entender a internet como um local público, salvo comunidades criadas por determinados grupos, tem-se assim uma grande arena, um espaço com acesso aberto a qualquer um que deseje entrar, ver e ouvir. Tudo o que é ouvido e visto na “arena pública”, em princípio, pode ser ouvido e visto por qualquer um.³⁵

Da forma que o público desta arena recebe as informações privadas que são expostas, o que difere no tempo e no espaço, manter privado um pensamento ou

³⁴ LESSIG Lawrence - **Code and Other Laws of Cyberspace**. 2000.

³⁵ BAUMAN, Zygmunt – **Danos Colaterais: Desigualdades sociais numa era global**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Zahar, Ed. Rio de Janeiro, 2012.Ed. digital Posição 1543

conteúdo são obviamente coisas tão contraditórias como independentes, pois determinam os limites uma da outra.³⁶

A característica generativa da internet, que permite o surgimento de novas formas de criação de comunidades, cria um ambiente ainda mais volátil e difícil de regramentos, controle e monitoramento de condutas dos usuários.

E justamente são as novas possibilidades de agrupamento que despertam a atenção e interesse do público em participar de novas “comunidades” que não se destinam a perdurar. “Percebe-se como é fácil juntar-se a elas; mas também o é deixá-las e abandoná-las no momento em que a atenção, as simpatias e antipatias, assim como o espírito ou modismos da época, assumem nova direção, como cedo ou tarde ocorrerá no mundo virtual uma sedutora nova oferta.”³⁷

Uma nova possibilidade de se agrupar em uma comunidade, independente da nova tecnologia que possa abrigá-la, seja em computadores, dispositivos variados ou até eletrodoméstico e artigos de uso pessoal³⁸, trás consigo uma sensação de liberdade ao explorar a nova possibilidade, mas ao mesmo tempo insegurança ao adentrar em caminhos desconhecidos. Usuários com perspectivas e interesses diferentes passam a compartilhar o mesmo novo “ambiente”, mas a ignorância no como agir gera ao indivíduo a carência de algum padrão ou regra a seguir, seja para proporcionar uma melhor desenvoltura no que lhe é novo, como para melhor interagir com os demais.

Independente do que possa estar já positivado, no que se refere à conduta no ambiente de internet, independente do grau de instrução de cada indivíduo, independente de suas perspectivas, buscando o bem estar geral ou propósitos particulares, impostas ainda pela limitações da mente humana, normas são necessárias aos indivíduos.

³⁶ Ibid

³⁷ BAUMAN, Zygmunt – **Danos Colaterais: Desigualdades sociais numa era global**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Zahar, Ed. Rio de Janeiro, 2012. Ed. digital Posição 1546

³⁸ A internet das coisas A **Internet das coisas** (inglês: *Internet of Things*) é, em certa medida, fruto do trabalho desenvolvido pelo MIT Auto-ID Laboratory, recorrendo ao uso do RFID e Wireless Sensor Networks. O objetivo foi, desde o início, criar um sistema global de registro de bens usando um sistema de numeração único chamado Electronic Product Code. A Internet das coisas é uma revolução tecnológica que representa o futuro da computação e da comunicação e cujo desenvolvimento depende da inovação técnica dinâmica em campos tão importantes como os sensores wireless e a nanotecnologia.

As normas para convivência são instrumentos necessários dos quais nos servimos pra enfrentar a ignorância que nos é imposta pelas limitações de nossa mente. Não haveria necessidade de normas entre pessoas oniscientes que estivessem de acordo quanto a importância relativa de todos os diferentes fins.³⁹

Segundo F.A.Hayek, a coação do indivíduos com o intuito de seguirem determinado conduta, apenas se justificaria com o intuito de se buscar o bem comum, que segundo o mesmo é a possibilidade de condições para que os indivíduos e pequenos grupos possam satisfazer suas necessidades. Importante não confundir interesse geral com interesse coletivo, que corresponde as necessidades e desejos de um ou mais grupos.

De pronto, o rápido desenvolvimento da internet, evidenciado pelo surgimento de novas plataformas e condições de interação entre seus interlocutores revela também diferentes critérios de identificação pessoal de cada um de seus usuários. Este cenário exige uma mais complexa análise para uma tentativa de normatizar positivamente a convivência destes usuários na internet, mesmo que aparentemente revela-se quase impossível nos moldes atuais da sociedade em sua pluralidade.

Este ambiente que permite uma interação de atores, seja de forma anônima ou não, cria uma possibilidade interessante de se observar uma relativa igualdade na participação dos agentes, independentes de suas qualificações, mas que resultam tão somente na relação estabelecidas entre os mesmos por compartilharem o mesmo código de interação.

De fato, posicionamentos antagônicos colocados em rede ou numa “arena” de forma paritária, oportunizando ainda a possibilidade de reunir posicionamentos individuais ou das minorias “protegidas” pelo anonimato, historicamente marginalizadas ou discriminadas na sociedade, possibilita um debate amplo sobre qualquer tema, por mais complexo e polêmico que seja.

Neste mesmo contexto, existem debates entre os defensores da total liberdade da internet e aqueles que buscam uma normatização cada vez mais pormenorizada. Tal oposição proporciona uma ampla e equilibrada discussão, o que

³⁹ HAYEK. F.A. – **Direito, Legislação e Liberdade, Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**, Volume II, A Miragem da Justiça Social, tradução de Henry Maksoud. Ed. Visão 1985, p.08.

é salutar para o próprio desenvolvimento e perspectivas da internet para ao futuro, pois justamente a necessidade de se ter uma internet livre e democrática revela a carência de um regramento para internet que possibilite manter suas principais características, a liberdade e criatividade.

Num ambiente tão amplo como a internet que transpassa e ignora barreiras e fronteiras internacionais, nem mesmo o modelo utópico proposto pelo filósofo inglês Jeremy Bentham como “*Panopticon*”⁴⁰ revela uma eficiente estrutura onde ao mesmo tempo todos podem ver e ser vistos, estando todos os prisioneiros sob eterna vigilância. Tal proposta utópica na internet também não poderia impedir casos de violação de direitos dos usuários da internet.

Percebe-se uma revivescência do panóptico bethamiano, mais moderno e intrusivo, ou uma nova visão do mesmo em Foucault⁴¹ onde se fazem presentes, entre outras, pelo menos uma ou mais ações combinadas ou não: (a) vigilância de comportamento; (b) vigilância das comunicações; (c) vigilância de dados (e interceptação); (d) vigilância de localização e rastreamento; (e) vigilância de corpo (biométrica).⁴²

Assim, não se pode confundir internet livre com internet sem regras. Para uma governança efetiva é necessário que existam normas de utilização para, ao mesmo tempo, se preservarem as características essenciais na internet, (liberdade e criatividade), e garantir aos seus usuários a proteção contra violações de seus direitos, dadas as práticas intrusivas, sejam aquelas praticadas pelos Estados nacionais, sejam as levadas a efeito pelos setores privados, que atentam contra os princípios democráticos.⁴³

⁴⁰ CASCIO J. **The Rise of the Participatory Panopticon**. 2005

⁴¹ FOUCAULT, Michel. **Discipline and punish**. London: Penguin, 1977. Para Foucault, o *Panopticon* era uma metáfora que permitia explorar a relação entre (a) sistemas de controle social e as pessoas em uma situação disciplinar e (b) o conceito de “conhecimento é poder”. Na sua opinião, o poder e o conhecimento vêm da observação de outras pessoas. Ele marcou a transição para um poder disciplinar, com todos os movimentos supervisionados e todos os eventos gravados. O resultado dessa vigilância é a aceitação das normas e a docilidade de comportamento – uma “normalização das sortes”, decorrente da ameaça de disciplinamento. (p.77)

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância**. Marco Civil da Internet. Ed. Atlas. São Paulo, 2014.p. 34

⁴³ Ibid.

1.3.4 Característica generativa da internet e futuros desafios

O Termo “generatividade” é oriundo da língua inglesa do termo *generative*, que significa capacidade criativa. O termo foi usado pelo professor de direito de internet de Harvard, Jonathan Zittrain, é tema central de sua obra “*The future of the internet and how to stop it*” que aborda o desenvolvimento da internet e seu crescimento cada vez mais acelerado e discorrendo sobre a importância das contribuições de um público criativo e variado⁴⁴.

Um dos fatores que contribuiu para o crescimento e popularidade da internet foi a ilimitada versatilidade existente em ambiente virtual, o que trás uma sensação de liberdade jamais vivenciada e possibilita aos usuários serem ao mesmo tempo consumidores e criadores, como bem descrito em 2006 pelo professor de filosofia do direito da Universidade de Harvard, Lawrence Lessig, em sua obra *Code Version 2.0*, obra criada sob o *Creative Commons*⁴⁵, também de sua criação.⁴⁶

Sites que possibilitam aos usuários compartilharem informações, agregarem algum conteúdo, contribuiu para a disseminação de emissores e multiplicadores de conteúdo de internet em todo mundo, criando um ambiente de contínuo crescimento a aperfeiçoamento. Contudo, sem uma governança que não seja setorial.

De acordo com o periódico britânico The Guardian, o site o Wikipédia que tem aproximadamente 10 anos de existência, se fossem impressos seus arquivos, teríamos mais de mil volumes, com cada um com mais de 1.200 páginas. Sua contínua possibilidade de edição e criação de textos, potencializa a velocidade de crescimento do volume de conteúdo.⁴⁷

Neste contexto, a revista americana *Time Magazine*, internacionalmente conhecida desde 1927 por escolher uma personalidade do ano⁴⁸, elegeu para o ano

⁴⁴ ZITTRAIN Jonathan. **The future of the Internet and how to Stop it**, R.R. Donnelley, Harrisonburg. Virginia 2009.

⁴⁵ Disponível em: <http://creativecommons.org/about>. Acesso em: novembro 2014

⁴⁶ LESSIG L. – **Code 2.0**. Harvard. 2006

⁴⁷ Disponível em: <http://www.theguardian.com/books/2014/feb/20/wikipedia-1000-volume-print-edition-crowdfunding>. Acesso em: novembro 2014

⁴⁸ Disponível em: <http://time.com/3614128/person-of-the-year-covers/>. Acesso em: novembro 2014

A revista americana TIME escolhe para homenagear em sua capa elege uma personalidade que tenha influenciado o mundo seja para melhor ou para pior.

de 2006 como personalidade do ano “você”, ou seja, o usuário de internet, o cidadão comum, o usuário de internet que consome, fornece e compartilha conteúdo na internet e é aquele que mais tem contribuído para o crescimento de desenvolvimento da rede.⁴⁹

Os defensores da internet livre, como Lessig e Zittrain, compartilham que a liberdade proporcionou o crescimento da internet e a liberdade deve ser ampla no sentido do seu desenvolvimento.

Ocorre que a sensação de liberdade vivida por cada usuário de internet, para agir e se expressar poderá colidir com direito de outro usuário. A mesma liberdade que fascina, proporcionará em algumas ocasiões, desconforto, constrangimento e prejuízos.

Outro grande fascínio proporcionado aos usuários da rede é a possibilidade de se comunicar e interagir em meios virtuais, sem a necessidade de se conhecer pessoalmente o interlocutor, que ao mesmo tempo equipara e aproxima os conectados, independente de idade, sexo, origem ou etnia, basta que compartilhem o mesmo idioma.

Sherry Turkle, psicanalista americana e professora do Massachusetts Institute of Technology - MIT, dedicada ao estudo da internet e seus impactos na sociedade, “considera as fantasias e personagens experimentadas como reforço da multiplicidade do indivíduo”⁵⁰. Para a estudiosa, as diferentes identidades assumidas pelos internautas permitem revelar de forma clara esta noção, vez que numa conversa de chat ou troca de e mail, pode se vivenciar uma infinidade de possibilidades fantasiosas que pode ser ou não detectada por seu interlocutor.

Com isso, as inúmeras possibilidades de se viver um personagem, passam também a ser um fator de insegurança para quem utiliza a rede. Mesmo em ambientes artificialmente criados, que proporcionam uma relativa sensação de segurança aos seus usuários, como os sites de redes sociais, onde existe um certo critério para aceitação e possibilitando que cada usuário crie seu perfil, disponibilizando um conjunto de informações, como fotos pessoais ou conexão

⁴⁹ Disponível em: <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1570810,00.html>. Acesso em: novembro 2014

⁵⁰ Disponível em: <http://www.transparencynow.com/turkle.htm>. Acesso em: novembro 2014.

outros usuários, no entanto, esses perfis podem ser parcialmente ou completamente falsos.

Brasileiros massivamente ocupam e utilizam os sites ou plataformas conhecidas como redes sociais, postam, acessam e compartilham conteúdos, que mediante novos aplicativos e aparelhos mais modernos e mais portáteis, potencializam e aceleram o fluxo e troca de informações.

Faz parte do passado checar os e-mails recebidos apenas quando se chega em casa ao fim do dia, ou quando se chega ao escritório após compromissos externos. Normalmente é possível acessar, postar ou compartilhar algum conteúdo, na fila para ser atendido em um banco ou esperando o elevador.

Nesse ritmo cada vez mais acelerado de troca de mensagens, postagem e compartilhamento de conteúdo, necessário é se atentar ao respeito aos direitos fundamentais do cidadão na internet e importante é analisar em que medida a direção que segue a legislação referente a internet no Brasil, mesmo em seu momento embrionário, aproxima-se das propostas mundiais para governança de internet no que tange a proteção de direitos fundamentais.

Necessário ainda, com a massiva e crescente utilização da internet pela sociedade brasileira, observar novos aspectos a serem considerados quando a sociedade se depara com questões conflituosas de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como o conflito entre liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Com a massiva participação do cidadão brasileiro em redes sociais da internet e com o constante aumento do fluxo de mensagens e conteúdos publicados em sites de conteúdo, verifica-se potencializada a possibilidade de ocorrência de condutas que podem causar danos. A internet é um ambiente novo e livre de normas que propicia a atuação dos formadores de opinião, sempre dispostos a chocar ou entreter seu público, com palavras ou com imagens, que em algumas oportunidades ofendendo direito alheio, onde a liberdade de expressão encontra limites nos direitos de personalidade, estes igualmente plasmados em nosso texto constitucional como direitos fundamentais e dignos de uma proteção especial.

Porém, uma carência legislativa referente ao uso da internet, que considere suas especificidades ao mesmo tempo que não contribua para que o cidadão

possa exercer sua cidadania em meios digitais, coloca o usuário sob risco de uma cada vez maior vigilância e controle, deixando o ainda desguarnecido no que tange ao respeito aos seus direitos constitucionalmente assegurados, mas não efetivamente observados em meios digitais.

2. LEGISLAÇÃO DE INTERNET NO BRASIL

2.1 Carência de uma legislação referente a internet no Brasil e condições para o surgimento da Lei do Marco Civil da Internet

Como abordado em nosso primeiro capítulo, que trata das especificidades técnicas do ambiente de internet, utilizando o termo “internet generativa” trazido por Jonathan Zittrain, revela a internet como uma tecnologia generativa, onde novos aplicativos para a internet podem ser criados por usuários. Por exemplo, a partir de uma boa ideia de um grupo de alunos surgiram sites como o Yahoo e o Facebook.

O Termo “generatividade”, oriundo da língua inglesa do termo *generative*, que significa criativa, termo usado pelo professor de direito de internet de Harvard, Jonathan Zittrain, e tema central de sua obra “*The future of the internet and how to stop it*”, foi usado descrever a capacidade inerente ao desenvolvimento da internet, seu crescimento cada vez mais acelerado e disponibilização de novas ferramentas, contribuições de um público criativo e variado⁵¹.

De acordo com o relatório do *Working Group on Internet Governance* – WGIG, além da carência de uma regulamentação uniforme, carece também ao Brasil uma legislação voltada a proteger a característica generativa da internet que é uma tecnologia aberta a inovações, não dominada nem por um governo, empresa privada ou pública.

Além de uma legislação com foco em preservar o que há mais de valioso no meio virtual - a liberdade e a criatividade – ainda é necessário que exista uma

⁵¹ ZITTRAIN Jonathan. **The future of the Internet and how to Stop it**. R.R. Donnelley, Harrisonburg, Virginia 2009.

preocupação voltada ao direitos dos usuários de internet não só como consumidores mas como cidadãos.

Neste contexto, os ditames constitucionais revelam-se insuficientes para garantir o sigilo e a intimidade do cidadão na internet brasileira, pois a Constituição fornece poucos conceitos aptos a lidarem com o fenômeno da informação e seus efeitos, e embora as garantias de sigilo e de inviolabilidade da intimidade e da vida privada configurem importantes mecanismos de proteção individual, eles se mostram insuficientes para lidar com atuais efeitos do processamento e da utilização da informação sobre o indivíduo.⁵²

No que se refere a iniciativa de produção legislativa específica referente a internet, o Brasil já enfrentou ameaças jurídicas, como a PLC 89 de 2003, conhecida como Lei Azeredo, algo que assombrou a internet brasileira entre 2003 e 2007, um senador criou uma lei, vista como radical para controlar a internet, e que previa a criminalização do ato de desbloquear um aparelho de celular para uso em mais de uma operadora de telefonia, com sanção de pena de 4 anos de prisão, além disso também ocorreria em prática criminosa, quem copiasse músicas de um CD para seu computador, com pena de 4 anos. A lei Azeredo chegou a ser aprovada no Senado Federal, fazendo que imediatamente um grupo de professores trabalhasse num parecer que teve por volta de 80 páginas e explanou as possíveis repercussões dessa lei na sociedade brasileira. Assim que recebido pelo poder executivo, o parecer fora utilizado em audiências públicas e incentivou ainda petições na internet contra a Lei Azeredo.

Naquele momento, era necessário que existisse uma contraproposta de legislação. A preocupação imediata foi fazer uma regulação do ponto de vista do direito civil em vez de se regular a internet sob o ponto de vista criminal, uma lei civil que garanta direitos e não uma lei criminal que reprima.

Originada por volta de 2006, a proposta foi feita no sentido de criar um projeto de lei originalmente redigido na internet, mediante plataforma que até o momento ainda continua disponível na rede. O ministério da justiça ficou incumbido de redigir o Marco Civil da Internet, numa iniciativa inédita de submeter ainda o

⁵² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade , proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014. P.163

projeto de lei a consulta pública *on line*, mediante a plataforma <http://culturadigital.br/marcocivil.br>, chamada de cultura digital.⁵³ De forma inédita, foi a primeira experiência em lei no Brasil redigida colaborativamente, um fórum híbrido de contribuição e participação de todos os setores da sociedade, intenso debate que levou 18 meses de discussão *on line*.⁵⁴

Após elaboração do texto final, o projeto de lei foi levado a consulta pública e chegou a ser publicado *on line* na plataforma em que foi discutido. Essa dinâmica inédita apontou assim para um caminho novo de ampliação do processo democrático, onde o cidadão exerce diretamente a democracia participativa, atuando no processo legislativo brasileiro.

O projeto de lei PL 2126 DE 2011, que seria o futuro Marco Civil da Internet, cujo o relator foi o deputado Alessandro Molon, a partir da iniciativa do poder Executivo e com a assinatura de quatro ministérios, foi enviado ao Congresso Nacional. Porém, assim que recebido pela Câmara dos Deputados, foi logo arquivado e assim permaneceu por cerca de 02 anos.⁵⁵

Até que ocorreu o escândalo de espionagem mundial conhecido como caso Snowden, no qual Edward Snowden, um ex agente da inteligência americana pertencente a CIA, revelou ao periódico britânico *The Guardian*, um complexo sistema de espionagem americano, através do qual o governo americano pela rede mundial de computadores acessava conteúdos em computadores pessoais, ao ponto de ter registros de arquivos obtidos da primeira ministra alemã Angela Merkel e a presidente Dilma Rousseff – ambas tiveram suas contas pessoais de e-mail invadidas.⁵⁶

Como imediata reação em relação ao escândalo, a presidente Dilma Rousseff levou um pedido de urgência constitucional ao projeto de lei PL 2126 DE 2011 para votação do Marco Civil da Internet.

Um das maiores legados do Marco Civil da Internet foi a experimentação direta da democracia proporcionada ao cidadão brasileiro, algo que demandou

⁵³ Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/>. Acesso em: dezembro 2014.

⁵⁴ Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/>. Acesso em: dezembro 2014.

⁵⁵ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa>. Acesso em: dezembro 2014.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2014/jul/18/-sp-edward-snowden-nsa-whistleblower-interview-transcript>. Acesso em: dezembro 2014.

trabalho e mobilização de seus idealizadores, vez que o procedimento para elaboração do projeto de lei levou 18 meses em discussão pela sociedade na plataforma criada para tal.

A Exposição de Motivos do projeto de lei PL 2126 DE 2011 do Marco Civil da Internet, o justifica da seguinte forma: (i) Para substituir a proposta de legislação penal proposta, (ii) Carência na legislação brasileira de dispositivos legais referentes a internet, e a decisões na falta de lei começaram a ser díspares e contraditórias, o que prejudica a segurança jurídica, refletindo um acúmulo crescente de decisões mais variadas por todo o Brasil de casos ajuizados.⁵⁷

2.2 Lei nº 12.737, de 30 de Novembro de 2012 – Lei Carolina Dieckmann

Antes do surgimento das primeiras produções legislativas no Brasil referente a internet, ocorreram casos de repercussão nacional referente a exposição de conteúdo privado não autorizado, envolvendo pessoas famosas.

Um deles foi o caso Daniela Cicarelli, em janeiro de 2007, onde o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve como única solução retirar o portal *Youtube* do ar por 02 dias seguidos, uma vez que não se poderia tirar o vídeo da modelo em cenas íntimas com seu namorado em uma praia, já que o vídeo foi postado por mais de um usuário no site *Youtube*.⁵⁸

No ano de 2011, outro fato alcançou repercussão nacional, quando fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann até então em seu computador pessoal foram disseminadas na internet, fato que culminou no projeto de lei nº 2793 de 2011, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos na informática.⁵⁹

⁵⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm. Acesso em: dezembro 2014.

⁵⁸ Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,video-de-cicarelli-faz-tj-pedir-retirada-do-youtube-do-ar,20070103p1772>. Acesso em: dezembro 2014.

⁵⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529011>. Acesso em: dezembro 2014.

A Lei nº 12.737 de 30 de abril de 2012⁶⁰ – conhecida como Lei Carolina Dieckmann, compreende 4 artigos que criminalizam a conduta Invadir computador ou dispositivo alheio mediante violação de dispositivo de segurança

Cumpra questionar a necessidade de violação de dispositivo ou mecanismo de segurança em computador e acessar conteúdo íntimo e privado de terceiro para existir crime. Aquele que adentrar em esfera pessoal mesmo sem o rompimento de obstáculos, mas imbuindo de fins ilícitos, está a cometer ilícito, “Mesmo a convite da empregada dos proprietários da residência, comete crime de violação de domicílio aquele que nela ingressa para fins ilícitos ou imorais. É presumido o dissenso tácito do proprietário á violação de seu lar” (RT 568/335).”⁶¹

Independente de uma sanção mais ou menos gravosa, aplicada a uma conduta que passa a ser criminalizada, percebe se que uma legislação sob o ponto de vista civil, que proteja o cidadão na observância de seus direitos constitucionalmente assegurados e que esses não sejam desrespeitados, revela-se mais abrangente e útil ao cidadão do que uma legislação sob o escopo penal.

A lei em tela, veio a ser na verdade ser mais específica no que tange o crime ser em ambiente virtual, o que de fato auxilia os operadores do direito penal a utilizar uma tipificação mais precisa ou ainda inibitória de futuras condutas de natureza semelhante, sem contudo trazer inovações significativas sob o ponto de vista legal.

2.3 Marco Civil da Internet - Lei 12.965 de 23 de abril de 2014

Antes mesmo do início da tramitação de projeto de lei PL 2126 de 2011, que daria origem a Lei do Marco Civil da Internet, já em 2010, no Seminário Marco Civil da Internet no Brasil, realizado no Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP, o Ministro da Justiça Luiz Paulo Barreto defendeu a criação de uma futura “Constituição da Internet” no Brasil.⁶²

⁶⁰ Lei 12.737 de 30 de abril de 2012 na íntegra em anexo.

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁶² Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,barreto-defende-criacao-de-constituicao-da-internet,551257>. Acesso em: dezembro 2014.

O projeto de Lei PL 2126 de 2011, depois de quase três anos na câmara federal, finalmente fora votado e sancionado pela presidente Dilma Rousseff, passando a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 vigorar no Brasil a partir de 23 de maio de 2014, definindo as primeiras regras para uso da internet no país.

A sanção presidencial da lei ocorreu propositalmente na realização do evento da *Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance - Net Mundial*, fórum de discussão global, nos moldes realizados pelo WGIG, que ocorreu no Grand Hyatt Hotel em São Paulo nos dias 23 e 24 de abril de 2014.⁶³

A Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014⁶⁴, conhecida como Marco Civil da Internet compreende 25 artigos, divididos em cinco capítulos: Disposição preliminares, Direitos e garantias dos Usuários, Da provisão de conexão e de aplicações de internet, Da atuação do poder público e Disposições finais. O texto da lei está, em sua íntegra, em anexo a este trabalho.

O Marco Civil da Internet, trouxe significativo avanço frente à carência legislativa referente ao uso da internet no Brasil. Mesmo que ainda aguarde decreto para regulamentação de parte de seu conteúdo, com ele foi possível indicar o rumo a ser seguido na produção legislativa no setor.

2.3.1 Avanços trazidos pela Lei do Marco Civil da Internet, sob o ponto de vista democrático e garantidor de direitos fundamentais

Segundo relatórios da *Open Initiative Studies*, considerando o controle e monitoramento do acesso a determinados sites na internet, países como China, Emirados Árabes Unidos, Arábia Saudita, Tunísia, Cingapura são exemplos de nações que não têm compromissos com a democracia, por exercerem notoriamente um controle de conteúdo de internet em seus respectivos territórios, vez que

⁶³Disponível em: <https://www.netmundial.org>. Acesso em: dezembro 2014. O NET mundial aconteceu nos dias 23 e 24 de abril de 2014, em São Paulo, reuniu 1.480 representantes com vozes ativas (incluindo participação remota), de 97 países. Foi o evento neste formato. Esperamos que ele tenha contribuído para a evolução do ecossistema de governança da Internet.

⁶⁴ Lei disposta na íntegra no anexo.

entendem que o conteúdo de internet que circula mundialmente pode ser uma ameaça aos seus regimes.⁶⁵

Em relatórios de transparência, disponibilizados semestralmente pela Google, constatam-se bloqueios de conteúdo de internet de navegação no Google e Youtube ocorridos na China, Iran, Iraque, Paquistão e Turquia.⁶⁶

Recentemente, em julho de 2014, a Rússia aprovou lei que dispõe que qualquer “blogueiro” ou responsável por site, que possua mais de 3 mil visitantes diários, tem que obrigatoriamente se registrar junto ao governo russo, independente do tema tratado ou discutido no blog, político ou não, o que revela um caminho antagônico seguido pelo Brasil, que no mesmo ano sanciona lei de internet focada nos direitos fundamentais.⁶⁷

Retornando ao Marco Civil da Internet e seu foco na garantia de direitos fundamentais, é importante lembrar que o que pode impedir que a internet não se converta num instrumento de vigilância absoluta e desrespeito aos direitos dos cidadãos são leis que aperfeiçoem a democracia e cidadania nos meios digitais.

Softwares e modernos sistemas de criptografia podem proteger um conteúdo, mas combater vigilância tecnológica com mais tecnologia não resolve o problema, é como combater violência com violência.

Percebe-se inicialmente no Marco Civil da Internet, a intenção do legislador revelada em seus primeiros artigos, isto é, a devida atenção aos direitos humanos e direitos fundamentais, como os direitos de personalidade, não discriminação, liberdade de manifestação e cidadania. Revela ainda o legislador a preocupação com a proteção de dados de usuários coletados, sob ainda a aplicação direta do princípio da finalidade, vedada a utilização dos dados armazenados em destinação secundária para qual fora colhido.

Um dos pontos mais polêmicos e que tumultuou a discussão do projeto de lei, além de atrasar a votação da lei nas casas legislativas, foi o disposto em seu art. 4º, concernente a neutralidade da rede, garantido ao consumidor a igualdade no

⁶⁵ Disponível em: <http://www.opennetinitiative.net/studies>. Acesso em: dezembro 2014.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.google.com/transparencyreport/traffic/?hl=pt-BR#expand=IQ>. Acesso em: dezembro 2014.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.bbc.com/news/technology-28583669>. Acesso em: dezembro 2014.

fornecimento de serviços de internet, independente da forma de utilização, não onerando o consumidor em busca de uma navegação privilegiada.

Tal ponto, como anteriormente dito, causou polêmica tendo em vista a forte pressão exercida por empresas do setor, a fim de garantir seus interesses econômicos em detrimento de maiores custos aos usuários, pois buscavam gradações ao fornecimento de banda larga.

Outros aspectos bastantes discutidos e aguardados pela população brasileira diz respeito ao disposto a partir do art. 24 da lei 12.965, ou seja, a positivação das obrigações do poder público, em permitir ao usuário que cobre do poder público o exercício da sua cidadania em meios virtuais.

Pode se perceber agora de forma concreta, com a vigência da Lei 12.965 de 2014 ou Marco Civil da Internet, a integração de um direito classificado como direito de nova geração ao conjunto de normas constitucionais antes já promulgadas. Isto revela que existe na legislação brasileira um direito fundamental de acesso a internet e de exercício da cidadania em meios digitais, confirmando a possibilidade do surgimento de novos direitos fundamentais decorrentes da evolução da consciência política e jurídica da sociedade.

A concepção geracional dos direitos fundamentais pressupõe textura aberta da compreensão dos direitos fundamentais⁶⁸, consoante estabelecido no §2º do artigo 5º da Constituição Federal e exterioriza entendimento segundo o qual, além do conceito formal de direitos fundamentais, há o conceito material, no sentido de que existem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente do catálogo. A textura aberta dos direitos fundamentais permite à Constituição incorporar, ao seu rol de direitos, novos direitos, novos direitos fundamentais decorrentes da evolução da consciência política e jurídica da sociedade.⁶⁹

Privar o brasileiro do acesso à internet limita o cidadão em uma parcela da sua cidadania, que se estabelece mediante esse novo meio de comunicação e deve ser garantido pelo Estado. O Marco Civil da Internet veio estabelecer especificidades

⁶⁸ PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. **Las generaciones de derechos humanos**, p.217

⁶⁹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2ª edição, Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2013. p.63

desse direito, qual sua extensão e a possibilidade do exercício efetivo desse direito ser cobrado do Estado pelo cidadão.

Mediante a leitura do Art. 24 da referida lei, percebem-se normas obrigatórias que atingem os todos os entes da administração pública, desde a União até os municípios. Outro exemplo de ampliação de instrumentos de cidadania são as audiências públicas veiculadas em meio digital, as quais devem atingir toda a população interessada a participar da discussão de determinado tema, proporcionando também sua participação mediante a rede de internet.

Outra inovação estabelecida pela Lei 12.965, em art. 24, refere-se ao determinar uma atuação de interoperabilidade dos entes da administração pública, independentes de serem serviços públicos prestados em competências concorrentes entre os entes da administração pública.

No inciso art. 4º, IV da 12.965, percebe-se a vanguarda na adoção preferencial de padrões abertos e livres, em vez de arquiteturas fechadas, para sistemas disponibilizados ao uso da administração pública, o que revela a intenção do legislador em preservar a característica generativa da internet. Como já abordado em capítulo anterior, prefere padrões abertos a fechados e que possibilite o diálogo com outros sistemas, já existentes ou que possam ser criados no futuro.

Outro ponto abordado pelo Marco Civil da Internet, é a garantia de acessibilidade aos cidadãos portadores de necessidade especiais e sua inclusão digital.

A possibilidade do cidadão poder cobrar do Estado o efetivo exercício de sua cidadania em meios digitais revela-se como um aperfeiçoamento da democracia brasileira, como abordado em capítulo anterior deste trabalho (1.3 Democracia e liberdade na internet). Não é a divisão de bens e sim a capacidade de usufruir destes bens, a ser garantido pelo poder público, que pode suprir as modernas demandas da sociedade por redistribuição de recursos.

Em contrapartida à inovação trazida pelo novos dispositivos que podem ser entendidos como avanços trazidos pela Lei 12.965, cumpre ilustrar o descontentamento de algumas entidades do setor de tecnologia, no sentido de criticar algumas modificações realizadas pelo poder executivo no projeto de lei PL 2126 DE 2011. Antes do seu encaminhamento ao Congresso Nacional para votação

e aprovação, algumas entidades, entre elas a Associação das Rádios Públicas do Brasil (Arpub), Associação Software Livre.org, Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Proteste, que levaram sua indignação ao Ministério da Justiça com pedidos de alterações no texto do Marco Civil da Internet, com severas críticas a possibilidade de censura pelos provedores de conteúdo.⁷⁰

O Marco Civil da internet, sob a perspectiva do comitê de Direito de Tecnologia da *American Chamber of Commerce - Amcham* – São Paulo, representa, em seu texto atual, “um retrocesso na nossa legislação, salvo a política de educação digital”, disse Renato Opice Blum, sócio do escritório Opice Blum Advogados, coordenador do curso de Direito Digital da Fundação Getúlio Vargas/GV Law e presidente do comitê da Amcham.⁷¹

A Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014 - Marco Civil da Internet, como bem intitulada pelo Ministro da Justiça Luiz Paulo Barreto, como “Constituição da Internet”, é o primeiro conjunto de diretrizes a tratar sobre o assunto no Brasil, porém com relativo atraso, pois a internet já atua em território nacional comercialmente desde 2005⁷², ou seja, há quase 10 anos. Carece ainda o Marco Civil da Internet de regulamentação em muitos de seus dispositivos, para que suas especificidades sejam complementadas mediante decreto ou leis que a complementem.

O Marco Civil da Internet pode ser considerado o primeiro passo brasileiro num novo caminho da evolução do direito da internet, mesmo que tenha surgido em nosso ordenamento com considerável atraso, vez que na nação americana, de

⁷⁰ Entendemos que com a nova proposta pilares fundamentais deste projeto de lei foram abalados, (...) como o direito à inviolabilidade e o sigilo do fluxo e conteúdo das comunicações privadas, o direito à privacidade e à liberdade de expressão. Segundo as entidades, o projeto estabelece uma “espécie de grampo compulsório” de toda navegação realizada em grandes sites, invertendo o princípio constitucional da presunção de inocência. Para as organizações, a obrigatoriedade de manutenção dos dados por seis meses incentivarão os provedores a utilizá-los comercialmente. As entidades também criticam o artigo que cria um mecanismo de remoção de conteúdos com cenas de nudez e sexo a partir de uma notificação por qualquer pessoa que se oponha a essas imagens, “abrindo espaço para o patrulhamento de conteúdos por parte de indivíduos ou organizações que discordem do seu teor”. “É imperativo que a remoção deste tipo de material na rede seja possível apenas mediante a solicitação, pela vítima da violação de sua intimidade”, afirma a carta.

⁷¹ Disponível em: <http://www.amcham.com.br/impactos-legislativos-e-juridicos/noticias/projeto-do-marco-civil-da-internet-nao-inova-e-apresenta-alguns-retrocessos-dizem-especialistas>. Acesso em: dezembro 2014.

⁷² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/foha/especial/2005/10anosdeinternet/>. Acesso em: dezembro 2014.

acordo com os arquivos da New York times⁷³, os primeiros dispositivos legais começaram a surgir em 1996. Como já abordado em capítulo 1.1, a lei brasileira revela-se moderna, focada nos direitos fundamentais e em conformidade com as propostas do *Working Group on Internet Governance* – WGIG, para uma governança de internet mundial mais democrática aos usuários e uma conduta dos provedores de conteúdo mais transparente.

2.3.2 Responsabilidade Civil dos provedores de conteúdo na ofensa aos direitos de personalidade e o Marco Civil da Internet

De acordo com o Código Civil Brasileiro, a responsabilidade civil é regulamentada em seus artigos 186 e 927 que dispõe que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; e aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁷⁴

Para que responsabilidade subjetiva esteja configurada, necessário estarem presentes os seguintes elementos: a conduta ilícita, o dano sofrido, o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a culpa do agente. No caso de responsabilidade objetiva, sua previsão decorre de previsão legal, disposta em Parágrafo Único do artigo 927 do Código Civil e nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor⁷⁵.

⁷³ Disponível em: <http://www.nytimes.com/1996/06/13/us/judges-turn-back-law-to-regulate-internet-decency.html>. Acesso em: dezembro 2014.

⁷⁴ BRASIL. **Lei 10.406 de 2002**. Código Civil Brasileiro. Art. 927

⁷⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁷⁵

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.⁷⁵

Assim, percebe-se que a responsabilidade objetiva esta calcada na teoria do risco e prescinde de culpa por parte do agente, e salienta ainda que todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação denexo de causalidade, dispensando qualquer juízo de valor sobre a culpa.⁷⁶

A responsabilidade civil é um dos ramos do direito suscetíveis à mudanças na sociedade, e acompanha o surgimento das novas e revolucionárias tecnologias que sempre trazem impacto à sociedade, desde a revolução industrial com o surgimento da máquina a vapor e da locomotiva.

Com a identificação do risco, a responsabilidade subjetiva passa a ser responsabilidade objetiva, fundada no risco decorrente da atividade, como ocorrido já em 1912 com o decreto das estradas de ferro. Tal diploma, considerado avançado para a época em que foi promulgado, destinava-se a regular tão somente a responsabilidade civil das ferrovias e dispunha que aqueles que explorassem a atividade de estradas de ferro responderia independente de culpa, nota-se o que tal entendimento é anterior ao código civil de 1916.⁷⁷

Em ambiente de internet, a postagem realizada por um usuário de conteúdo que traz informações de terceiros é rapidamente compartilhada e disseminada pela rede, independente de que se possa identificar a origem ou veracidade do conteúdo. E ainda, e em determinadas vezes esse conteúdo revela-se ofensivo.

A impossibilidade de identificar a origem de conteúdo ofensivo, faz com que os ofendidos busquem a responsabilização dos sites provedores de conteúdo que permitem seu acesso pela internet, seja site de busca, vendas, serviços ou plataforma de rede social.

Quanto à classificação e definição dos provedores de internet, conveniente adotar os esclarecimentos trazidos em voto de julgamento de Recurso Especial nº 1.193.764 – SP (2010/0084512-0), no qual a ministra Nancy Andrighi relaciona os tipo de provedores de Internet: Os provedores de serviço de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se d gênero do qual são espécies as demais

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v.4 – São Paulo: Saraiva, 2010.

categorias, tais como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que passam aos usuários finais à rede, (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a esses conexão com a internet, (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto, (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet, e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação.⁷⁸

Justamente pelo fato de o presente estudo abordar a responsabilidade de provedores no que tange ao teor do conteúdo disponibilizado para consulta, sem considerar a origem do conteúdo, ou sua natureza, são os provedores de conteúdo que vão merecer nossa atenção no que diz respeito à sua responsabilidade civil e desrespeito aos direitos de personalidade, em nome do exercício da liberdade de expressão.

Como provedores de conteúdo inserem-se os blogs, plataformas de redes sociais, sites de buscas e vendas, que passam a ser sujeitos de nosso estudo no presente capítulo, no que tange às repercussões jurídicas de sua conduta.

Remontam ao ano de 2002 as discussões sobre a responsabilidade de provedores de conteúdo, referente a conteúdo supostamente ofensivo publicado em site que ofende honra de terceiro. Um dos primeiro casos que chega ao STJ sobre responsabilidade civil de provedores de conteúdo, trata-se de uma ação de danos morais, na qual uma senhora teve seu nome divulgado em site de classificados de serviços de natureza íntima, que ela de fato não prestava.

Inicialmente de acordo com o julgamento da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJRJ ocorrido em 2002, que manteve sentença proferida pelo juiz da 39ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que proferiu que o provedor deveria sim ser responsabilizado e assim condenado a indenizar a autora, aplicando a época o Código de Defesa do Consumidor – CDC.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764 – SP (2010/0084512-0) Brasília, DF, 08 de agosto de 2011.

O argumento do provedor foi alegar que o serviço prestado pelo provedor de conteúdo seria gratuito não oneroso e não sujeitos ao regramento do Código de Defesa do Consumidor.

Em 2004 o Superior Tribunal de Justiça se manifesta no Recurso Especial nº 566.468 - RJ dizendo que o contrato não é gratuito e sim oneroso, porque existe uma onerosidade indireta quando o usuário fornece seus dados pessoais como forma de ter acesso ao serviço.⁷⁹

Antes da vigência da Lei 12.965 de 2014, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que a reponsabilidade do provedor de conteúdo, surgiria somente a partir do momento que fosse devidamente notificado pelo ofendido, e este queda-se inerte em retirar conteúdo manifestamente ofensivo.

Tal entendimento tem sido acompanhado pelo tribunais estaduais como o de São Paulo–TJSP, que manteve condenação por danos morais proferida em

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764 – SP (2010/0084512-0) Brasília, DF, 08 de agosto de 2011. EMENTA DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - ART. 159 DO CC/16 E ARTS. 6º, VI, E 14, DA LEI Nº 8.078/90 - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - PROVEDOR DA INTERNET - DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA NÃO AUTORIZADA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO - RELAÇÃO DE CONSUMO - REMUNERAÇÃO INDIRETA - DANOS MORAIS - QUANTUM RAZOÁVEL - VALOR MANTIDO. 1 - Não tendo a recorrente explicitado de que forma o v. acórdão recorrido teria violado determinados dispositivos legais (art. 159 do Código Civil de 1916 e arts. 6º, VI, e 14, ambos da Lei no 8.078/90), não se conhece do Recurso Especial, neste aspecto, porquanto deficiente a sua fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. 2 - Inexiste violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta. 3 - Quanto ao dissídio jurisprudencial, consideradas as peculiaridades do caso em questão, quais sejam, psicóloga, funcionária de empresa comercial de porte, inserida, equivocadamente e sem sua autorização, em site de encontros na internet, pertencente à empresa-recorrente, como "pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual", inclusive com indicação de seu nome completo e número de telefone do trabalho, o valor fixado pelo Tribunal a quo a título de danos morais mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso. Valor indenizatório mantido em 200 (duzentos) salários mínimos, passível de correção monetária a contar desta data. 4 - Recurso não conhecido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram os Srs. Ministros BARROS MONTEIRO, FERNANDO GONÇALVES e ALDIR PASSARINHO JÚNIOR. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro CESAR ASFOR ROCHA. Brasília, DF, 23 de novembro de 2004 (data do julgamento). MINISTRO JORGE SCARTEZZINI, Relator .

sentença de comarca de Araraquara –SP, em Apelação Cível nº 0018308-22.2013.8.26.0037⁸⁰

Após a vigência da lei do Lei 12965 de 2014, Marco Civil da Internet, resta legitimado um entendimento já esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende não ser objetiva a reponsabilidade do servidor de conteúdo, este será responsabilizado quando configurada sua culpa no evento danoso.

Antes mesmo do Marco Civil da Internet, os provedores de conteúdo, adotando prática usual em seus países de origem, como o Facebook nos Estados Unidos, retiraram conteúdos do ar ao receber notificação de usuário que viu-se diretamente ofendido por material publicado na internet.

⁸⁰ *RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. PERFIL FALSO. IMAGENS VEXATÓRIAS. DEMORA NA EXCLUSÃO. RESPONSABILIDADE DA PROVEDORA DO SERVIÇO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. Prolongação injustificada de divulgação de fotos íntimas e dados pessoais da autora em perfil de rede social. Insurgência contra sentença de procedência. Manutenção. Ilicitude verificada diante da inércia da provedora em excluir o perfil falso quando comunicada. Danos morais evidentes. Fotos com apelo sexual. Suficiência e razoabilidade do quantum indenizatório. Condenação às verbas da sucumbência mantida. Recurso não provido. Trata-se de recurso de apelação tirado contra a r. sentença de fls. 83/87, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4a Vara Cível da Comarca de Araraquara, que julgou procedente a ação, para tornar definitiva a tutela antecipada que determinou a exclusão do perfil indicado na inicial e para condenar a requerida à apresentação do IP do responsável pela conta em discussão e ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de indenização por danos morais. Diante do acolhimento integral a recorrida foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação. Pleiteia o apelante a reforma do julgado, alegando, em síntese, que descabe a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais porque terceiro é responsável pela criação da conta combatida; que a apelada já possui todos os dados necessários para identificar o verdadeiro ofensor; que, como provedor de hospedagem, limita-se a armazenar dados inseridos pelos usuários; que tão logo foram intimados da concessão da tutela procederam à Apelação no 0018308-22.2013.8.26.0037 - Araraquara - VOTO No 2/4 “Cabe destacar, inclusive, que o caso em testilha difere dos pedidos interpostos contra sites de busca, cujo conteúdo da pesquisa foge ao seu alcance e, sob o risco de indevida censura, tem-se por imprescindível prévia ordem judicial para a exclusão dos resultados da busca. Na hipótese dos autos, tanto o nome quanto as imagens disponibilizados no perfil do Facebook pertencem à autora, mas foram inseridas por terceiro, tanto que não lhe foi possível excluir-lo de pronto. Ademais, os danos morais sofridos pela autora são evidentes. Além dos dados pessoais, foram livremente disponibilizadas na rede social fotos íntimas da autora seminua e em poses eróticas, com evidente conotação sexual. Ainda que a apelante não responda pela criação do perfil falso, deve responder pelo prolongamento da exposição vexatória da autora, causando-lhe dor moral, constrangimentos e vergonha por tempo superior ao razoável. À míngua de expressa disposição legal, observando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o grau de culpa, a extensão do dano e a condição financeira das partes, tem-se que o valor fixado em primeiro grau R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais é suficiente e razoável e deve ser mantido. Finalmente, nada há a ser alterado no que tange à condenação da apelante à integralidade das verbas sucumbenciais porque ao contrário do alegado deu causa à interposição da ação no momento em que, instada administrativamente a excluir o perfil falso da rede social, quedou-se inerte. Por todo o exposto, por este voto, nega-se provimento ao recurso de apelação.” CARLOS ALBERTO DE SALLES Relator.*

Em uma breve análise, nos últimos dez anos de julgados que ilustram jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em decisões acerca de reponsabilidade de provedores de conteúdo e violações de direitos de personalidade, percebem-se os seguintes indicadores: (i) A partir de 2004 a responsabilidade dos sites de conteúdo passou a ser entendida como subjetiva, ou seja, os provedores de conteúdo respondem solidariamente ao dano quando notificados a retirarem do ar material entendido como ofensivo e não o fazem; (ii) Houve um gradual decréscimo nos valores de indenização desde 2004 até a presente data, variando de 200 salários mínimos e chegando a um valor quase que padronizado nas decisões mais recentes de R\$ 10.000,00; (iii) Observa-se, nos julgados mais recentes, como uma justificativa à responsabilidade subjetiva dos provedores de conteúdo⁸¹, que quando verificada a colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, há uma precedência ao exercício do direito de expressão e direito à informação. De acordo com os últimos julgados do Superior Tribunal de Justiça não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. E ainda, de acordo com os recentes julgados, quando sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

Por fim, com a vigência do Marco Civil da Internet a partir de abril de 2014, houve uma uniformização do prazo para que os provedores de conteúdo retirassem do ar conteúdo manifestamente ofensivo em 24 (vinte e quatro) horas. Isto revela uma tímida alteração nos julgados do STJ, que ao se depararem com colisão entre

⁸¹ REsp 1169337 / SP, REsp 1328914 / DF, REsp 1390560 / SP, REsp 1388994 / SP, REsp 1330028 / DF, REsp 1334097 / RJ, REsp 801109 / DF, REsp 801249 / SC, AgRg no AREsp 484995 / RJ, AgRg no REsp 1349961 / MG, AgRg no AREsp 305681 / RJ, REsp 1337990 / SP, AgRg no REsp 1402104 / RJ, AgRg no REsp 1396963 / RS, AgRg no REsp 1285756 / MG, AgRg no REsp 1395803 / RJ, AgRg no AREsp 431271 / RJ, AgRg no REsp 1395768 / RJ, AgRg no AREsp 229712 / RJ, REsp 1306157 / SP, REsp 1316921-RJ, AgRg nos EDcl no REsp 1284096 / MG, REsp 1407271 / SP, REsp 1338214 / MT, REsp 1396417 / MG, REsp 1403749 / GO, REsp 1406448 / RJ, REsp 1328706 / MG, AgRg no AREsp 12347 / RO, AgRg no AREsp 240713 / MG, AgRg no AREsp 362028 / RJ, AgRg no AREsp 342597 / DF, AgRg no AREsp 230095 / RS, AgRg no REsp 1325220 / MG, AgRg no AREsp 308163 / RS, AgRg no AREsp 137944 / RS, REsp 1316921 / RJ, AgRg no REsp 1309891 / MG, REsp 997993 / MG, REsp 1300161 / RS, REsp 1323754 / RJ, REsp 1192208 / MG, REsp 1308830 / RS, REsp 1306066 / MT, REsp 1186616 / MG, REsp 1175675 / RS, REsp 1117633 / RO, REsp 1021987 / RN, REsp 566468 / RJ

liberdade de expressão e direitos de personalidade, buscam uma referência positivada, ou seja, utilizam o art. 220, § 1º, da CF/88 como limitador aos direitos de personalidade, vez que a internet é concebida como importante veículo de comunicação social de massa e o direito à informação teria uma precedência em relação aos direitos de personalidade.

No entanto, revela-se, ainda bem defasado o tratamento judicial dado as questões ocorridas em ambiente da internet. Mesmo com suas novas especificidades, com um ambiente bem mais ágil da propagação e multiplicação de conteúdo, a atuação do judiciário mostra-se posterior ao fato, ou seja, atua após o dano e não para evitar o dano.

Se algum indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de se lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que, quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano.⁸²

Pode-se ainda depreender dos julgados analisados, que não ha nenhuma condenação no sentido de proporcionar ao ofendido o direito de resposta. Possivelmente não foram requeridos pelos autores das respectivos julgados, revelando ainda que nas características dos meios de comunicação, mais especificadamente falando da internet, pouco importa ou pouco eficaz é um direito de resposta à uma ofensa na internet. Comprova-se a crescente volatilidade da rede, onde a velocidade em que os conteúdos trafegam é alta e, uma reposta à um ofensa publicada em rede pouco ou nenhum efeito reparador tem.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 315

2.3.3 Remoção de conteúdo - *Notice and Takedown*

O *Notice and Takedown*, que pode ser definido por notificação enviada a um provedor de internet que noticia e detalha a publicação de conteúdo ilegal ou não legítimo, foi introduzido no direito americano em 1998, está contido na lei The Digital Millennium Copyright Act (DMCA)⁸³. Ele é utilizado como procedimento pelos provedores de conteúdo de internet e plataformas de rede social para excluir publicação que tenha sido noticiada por usuários como ilegal ou ilegítima.⁸⁴

O *Notice and Takedown* judicial, previsto no Marco Civil da Internet, trouxe maior segurança jurídica, mas ao mesmo tempo não exclui que os provedores de conteúdo possam ter algum tipo de critério na publicação de material postado por seus usuários ou anunciantes, como por exemplo a preocupação do Mercado Livre que se compromete em respeitar a legislação de propriedade intelectual não permitindo o anúncio de produtos pirateados.

Mediante os relatórios de transparência disponibilizados pela Google⁸⁵, verifica-se que no mundo, mais de 60% das solicitações de retirada de conteúdo do provedor são motivados por conteúdo difamatório. O Brasil teve no período entre julho e dezembro de 2013, 388 solicitações, um número que quase triplicou em relação ao mesmo período de 2012, que foram 143.

Ao se analisar os dados fornecidos pelo relatório de transparência do Google e referentes ao Brasil no segundo semestre de 2013,⁸⁶, seguindo a tendência mundial, mais de 60% das solicitações de retirada de conteúdo referem-se a conteúdos difamatórios, ou seja, que atentam contra direitos de personalidade. O Brasil se distingue do restante dos países por ter solicitações de exclusão de conteúdo difamatório relacionado com momento eleitoral, que significa por volta de

⁸³ Disponível em: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>. Acesso em: dezembro 2014.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/T/TakeDownNotice.aspx>. Acesso em: dezembro 2014.

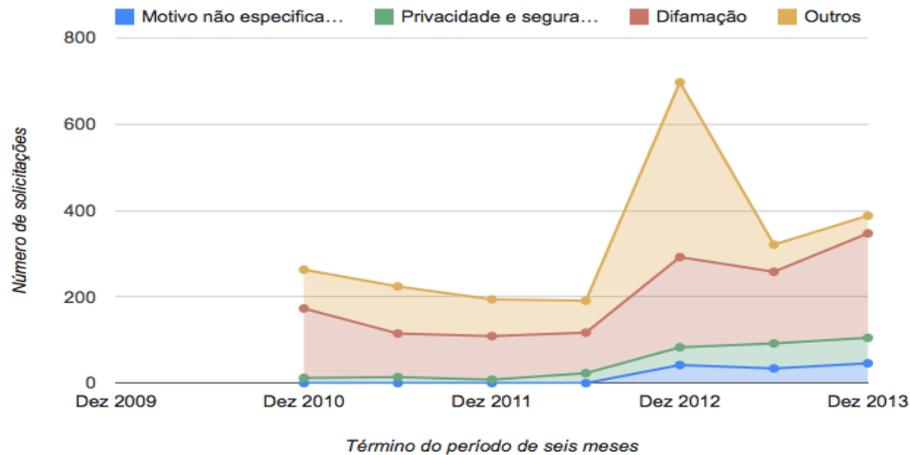
⁸⁵ Disponível em <http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/countries/?p=2013-06>. Acesso em: dezembro 2014.

⁸⁶ Disponível em <http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/BR/>. Acesso em: dezembro 2014.

20% se contabilizarmos os dados desde o ano de 2010. Os valores retornam ao patamar normal quando se observa os meses de julho a dezembro de 2013.

Solicitações por números

Download de dados



Solicitações Itens Totais **Motivos** Produtos Poder

Motivos para as remoções de julho a dezembro de 2013

Motivo	%	Total de remoções
Difamação	62%	242
Privacidade e segurança	15%	59
Motivo não especificado	12%	46
Falsificação de identidade	2%	9
Outros	2%	8
Marca registrada	1%	5
Legislação eleitoral	1%	4
Intimidação/Assédio	1%	4
Crítica ao governo	1%	4
Direitos autorais	1%	3
Incitação ao ódio	1%	2
Violência	0%	1
Conteúdo adulto	0%	1

Discriminação de todas as solicitações recebidas durante o período do relatório.

O Marco Civil da Internet dispõe que ocorre em culpa o provedor de conteúdo que mesmo judicialmente notificado não cumpre o prazo estipulado em comando judicial, como expressamente previsto em seu art.19 assegurar a liberdade de expressão e impede a censura, onde o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo

assinalado, tornando indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário⁸⁷

Mesmo antes da vigência da Lei 12.965 de 2014, o *Notice and Takedown* já era adotado pelos provedores de conteúdo no Brasil. Porém agora há agora a obrigatoriedade das empresas de cumpri-lo apenas após ordem judicial.⁸⁸

A vantagem da necessidade da ordem judicial para o *Notice and Takedown* foi trazer uma maior segurança jurídica, criando-se assim um padrão, tornando o judiciário o único legitimado ao comando de permitir ou não publicação de conteúdo supostamente ofensivo. Quando os sites o fazem por conta própria ou mediante notificação de particular, acaba exercendo um certo tipo de censura prévia, que pode atender caprichos individuais ou de determinado grupo.

Antes mesmo da vigência do Marco Civil da Internet, os provedores de conteúdo conhecidos como redes sociais já utilizam um padrão a ser seguido no que tange a conteúdos que poderão ser removidos por não se adequarem à proposta do site. Esses conteúdos são conhecidos como “padrões da comunidade no Facebook” que independente de qualquer solicitação, poderão remover conteúdos que: incitarem à violência ou apresentarem ameaça direta à segurança pública, encorajarem autflagelação, *bullying* ou assédio, promoverem algum tipo de discurso de ódio e que pessoas sejam atacadas devido sua raça, etnia, nacionalidade, religião, gênero, orientação sexual, deficiência ou doença; conteúdos gráficos que sejam violadores dos direitos humanos, contenham nudez e pornografia, violem direitos autorais; transações que envolvam produtos regulamentados e que tentem contra a segurança e privacidade dos usuários.⁸⁹

⁸⁷ BRASIL. **Lei 12.965 de 2014**. Lei Marco Civil da Internet. 2014, art. 14.

⁸⁸ EXONERAÇÃO. MULTA. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO. 1. A Lei nº 12.965/2014, que se convencionou chamar de “marco civil da internet”, exige que a decisão judicial que determina a retirada de conteúdo da internet deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material (art. 19, §1º); 2. Reforma-se a decisão no ponto em que não especifica adequadamente o conteúdo supostamente ofensivo, bem assim quanto às páginas na internet mantidas por terceiros estranhos aos autos; 3. Mantém-se o valor fixado a título de multa, quando adequado ao porte econômico-financeiro daquele a quem imposta a obrigação e à natureza do direito discutido nos autos que, no caso, revela-se de extrema grandeza, considerando a proteção constitucional da intimidade; e 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.(Acórdão n.822392, 20140020166695AGI, Relator: GISLENE PINHEIRO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/09/2014, Publicado no DJE: 06/10/2014. Pág.: 142).

⁸⁹ Disponível em: <http://www.facebook.com/communitystandards> Acesso em: dezembro 2014.

Em julgados anteriores à Lei do Marco Civil da Internet já se observava-se o *Notice and Takedown*, sem necessidade de comando judicial, o que permitia maior agilidade ao remover conteúdo caracterizado como ofensivo⁹⁰, mesmo contendo nas decisões prazos de 24 horas para seu cumprimento. A necessidade do caso ser levado a apreciação judicial acaba levando mais tempo, o que potencializa e ocorre o dano, pois a cada hora adicional que o conteúdo permanece em rede, ele é mais acessado e compartilhado.

Ainda dispondo sobre as responsabilidades dos provedores de conteúdo, outra introdução trazida pela Lei 12.965, em disposto do art.15, foi fixar o prazo de seis meses para que o servidor mantenha obrigatoriamente os dados de registro do usuário.⁹¹

No entanto, ocorre que anterior a vigência do Marco Civil da Internet, o entendido pelo Superior Tribunal de Justiça e acompanhado pelas instâncias inferiores era um prazo de 03 anos de manutenção dos registros. Assim demonstra-se mais reduzido o novo prazo, sob pena de se perderem dados com os quais poderia se identificar autor de conduta ilícita na rede.⁹²

⁹⁰ Agravo regimental no AREsp 305.681/RJ, 04 de setembro de 2014. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. VEICULAÇÃO DE CONTEÚDO DIFAMATÓRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROVEDOR. VALOR INDENIZATÓRIO. RAZOÁVEL. 1. Rever as conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Deve o provedor, ao ser comunicado que determinado texto ou imagem tem conteúdo difamatório, retirá-lo imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. 3. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa, e somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 305.681/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 11/09/2014)

⁹¹ BRASIL. **Lei 12,965 de 2014**. Art. 15.

⁹² CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. PROVEDOR DE CONTEÚDO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. PRAZO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 4º, III, DO CDC; 206, §3º, V, 248, 422 e 1.194 DO CC/02; E 14 E 461, § 1º DO CPC. 1. Ação ajuizada em 30.07.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de blogs pela manutenção de dados de seus usuários. 3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por *culpa in omittendo*. Precedentes. 4. Uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida - de obtenção dos dados de um determinado usuário - estando a questão sub judice, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar

Desta forma, percebe-se em jurisprudência anterior ao Marco Civil da Internet, independente de haver uma legislação precisa a ser aplicada ao caso concreto, decisões que determinam um prazo de três anos e consideram este prazo como razoável para manter o dados de usuário em arquivo, período bem superior aos seis meses trazido pela nova legislação.

No sentido de legitimar o que já existia e oferecer certos privilégios ao provedores de conteúdo, os críticos do Marco Civil da Internet embasam seus argumentos nesta diferença de prazo.. É importante ressaltar que a plataforma original para criação do Marco Civil da Internet, chamado de cultura digital.⁹³, que possibilitou a participação do cidadão tanto em sua elaboração como na consulta publica apos redação final permanece no ar no site <http://culturadigital.br/marcocivil.br> e possibilita ainda uma discussão aberta sore o tema.

Independente das críticas ou elogios tecidos ao Marco Civil da Internet, seu foco na garantia dos direitos fundamentais do cidadão permitem ver a internet brasileira como um instrumento de aperfeiçoamento da democracia, onde sites de conteúdo e plataformas de rede social são ambientes de maciça utilização do cidadão brasileiro, além de serem palco de interação entre os mais variados cidadãos na sociedade brasileira em sua pluralidade. Este cenário reforça necessidade de proteção à liberdade de pensamento, manifestação e expressão, assim como os direitos de personalidade dos usuários assegurados em texto constitucional.

que essas informações se percam. Essa providência é condizente com a boa-fé que se espera não apenas dos fornecedores e contratantes em geral, mas também da parte de um processo judicial, nos termos dos arts.4º, III, do CDC, 422 do CC/02 e 14 do CPC.5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço.6. Recurso especial a que se nega provimento.(REsp 1417641/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

⁹³ Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/>. Acesso em: dezembro 2014.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DE PERSONALIDADE NA INTERNET BRASILEIRA

3.1 Liberdade de expressão e liberdade de pensamento

A liberdade de pensamento – segundo Sampaio Doria – “é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”⁹⁴. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual o homem tende, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos.

Nesse contexto, a liberdade de pensamento se caracteriza como exteriorização do pensamento em seu sentido mais abrangente. É que, no sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior. Pimenta Bueno já dizia que a “liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo o poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus”.⁹⁵

O homem não pode viver concentrado só em seu espírito. Ele não vive isolado, por isso que a sua natureza é de um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com outros homens, de cultivar mútuas relações. Seria mesmo impossível vedar, porque seria para isso necessário dissolver e proibir a sociedade.⁹⁶

Independente do momento histórico ou desenvolvimento tecnológico, o homem teve e terá a necessidade de externar o que contém em seu íntimo, desde seus pensamentos mais triviais até as manifestações artísticas mais elaboradas, em momentos em que o indivíduo pode demonstrar ao mundo o que sente, o que pensa e como entende a sociedade na qual convive e compartilha suas experiências.

⁹⁴ DORIA, Sampaio. **Direito Constitucional: comentários à Constituição de 1946**. V.III/ 602

⁹⁵ SILVA, Jose Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.p 243.

⁹⁶ SCAMBINI, Pe. José. **Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras**. P.103

3.1.1 Evolução da liberdade de expressão nas Constituições brasileiras

A liberdade de expressão, mesmo em momentos históricos não tão democráticos como os modernos, antes mesmo do surgimento do Estado nos moldes que hoje se apresenta, já constava assegurado desde a primeira constituição brasileira, datada de 1824, ainda na época do Império, em seu artigo 179, inciso IV.⁹⁷

Após a longa vigência da primeira constituição brasileira, a constituição de 1891, após a proclamação da república trouxe já em seu texto a primeira referência constitucional no que tange a responsabilidade quanto aos abusos praticados e ainda trazendo vedação ao anonimato.⁹⁸

A Constituição de 1934, ampliou o anteriormente disposto em seu capítulo II, trazendo ainda um novo título chamado: Dos Direitos e das Garantias Individuais, incluindo também algo que acompanhará e limitará por bom tempo a liberdade de expressão e a censura.⁹⁹

⁹⁷ BRASIL. **Constituição Federal**. 1824. - Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.[...]IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.

⁹⁸ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 Ed. Sao Paulo: Malheiros, 2000. - BRASIL. **Constituição Federal**. 1824. Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]§ 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

⁹⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. 1934 - Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

A Constituição de 1937, inspirada na constituição polonesa de 1935 e instaurada mediante o golpe de Estado que instituiu o Estado Novo revela seu caráter autoritário e controlador, dispostas em seu artigo 122 e seguintes.¹⁰⁰

Revelam-se nítidos os contornos da severa censura que legitimada em texto constitucional, compreende os meios de comunicação nacional, levando obrigatoriamente todo e qualquer produção artística produzida a um exame prévio das autoridades antes que pudessem ou não ser divulgadas.

A constituição de 1946¹⁰¹, diferente da constituição anterior, retorna parte de alguns dispositivos ceifados do texto constitucional de 1937 e volta a garantir aos cidadãos uma maior amplitude no que se refere ao direito de externar seus pensamentos, porém ainda presente a censura à toda produção intelectual e artística.

¹⁰⁰ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. BRASIL. **Constituição Federal**. 1937 - Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no principio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição Federal**. 1946. Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Com o golpe militar de 1964, com o governo passando a ser exercido pelos militares, na promulgação da constituição de 1967, houve uma certa evolução às limitações da liberdade de expressão e a censura apresentava-se de forma parcial, como dispõe em seu art. 150, § 8.¹⁰²

Percebe-se ainda no art. 151 que, ao mesmo tempo que se busca limitar a liberdade de expressão em nome da proteção ao outro direito fundamental, há a possibilidade estatal de forma legitimada em ceifar a liberdade de expressão em período que poderia se estender a dez anos.¹⁰³

Por fim, a Constituição de 1988¹⁰⁴ - conhecida como constituição cidadã, num anseio de restabelecer uma ampla proteção a liberdade de expressão e como resultado de um longo período de opressão pela ditadura e severa censura que abarcava todo o tipo de criação intelectual e artística, busca proteger de qualquer ameaça a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, refletindo o

¹⁰² BRASIL. **Constituição Federal**. 1967 - Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição Federal**. 1967 . Art. 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa.

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988 . Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

receio de enfrentar novas formas de censura e perder o que já fora conquistado do ponto de vista democrático.¹⁰⁵

Fazer um breve retrocesso histórico nos permite perceber a evolução dos dispositivos constitucionais no que se referem à liberdade de expressão e revela como o contexto político-social de cada momento na produção legislativa influenciam questões atinentes à defesa dos direitos fundamentais. A análise revela momentos de maior censura em outros momentos de recompensa a sociedade pelo seu anseio reprimido de externar seus pensamentos e criações, culminando com o momento atual, onde a tecnologia permite ao cidadão consumir e produzir informação, além de ter grande capacidade de influenciar a formação de opinião pública - poder antes apenas nas mãos dos detentores do meios de comunicação como jornais, rádios e canais de televisão.

Não vivemos apenas a era na informação mas também a era da velocidade, em que a informação circula rapidamente somada à convergência da mídia impressa em mídia digital, congregando em um só dispositivo a possibilidade de consumir, produzir e multiplicar conteúdos. Este cenário cria um ambiente ainda mais sensível ao desrespeito de direitos fundamentais.¹⁰⁶

3.1.2 Liberdade de expressão e suas limitações

Conforme bem explica o professor Paulo Gonet, “A liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos.”¹⁰⁷

Num ambiente de Internet, o que mais fascina os usuários é a possibilidade de se expressar e ser ouvido, comunicar-se independente da distancia entre interlocutores, revelar suas aptidões, opiniões e preferências, assim como compartilhar conteúdo e tirar dúvidas.

¹⁰⁵ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt – **Danos Colaterais: Desigualdades sociais numa era global**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Zahar, Ed. Rio de Janeiro, 2012. Ed. digital

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A Constituição dispõe sobre a liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, IV ao dizer “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que “é assegurado a todos o acesso a informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, e também no art. 220, quando dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto neste Constituição”.¹⁰⁸

A garantia da liberdade tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto.

Como restrição inicial à liberdade de expressão, percebe-se a restrição imposta direta e expressamente pela norma Constitucional, não exigindo do intérprete maiores indagações teóricas, pois o direito declarado passa a ser o resultante da operação restritiva, como ensina Jairo Gilberto Schäfer.¹⁰⁹

A vedação ao anonimato na liberdade de expressão compreende na restrição coerente ao bem tutelado, uma vez que há justamente a necessidade do emissor obrigatoriamente em se identificar, caso contrário não teria sua liberdade de opinião e expressão. Isto permite que esse usuário antes de externar publicamente seu pensamento que será vinculado ao seu nome e própria imagem, realize um certo tipo de reflexão antes de proferi-la.

No ambiente de internet, que por sua natureza e arquitetura já dificulta a identificação do emissor de conteúdo e opinião, o próprio emissor pode buscar intencionalmente se manter no anonimato. Não pode ele posteriormente ao ser identificado, invocar seu suposto direito de liberdade de expressão.

A própria restrição em texto constitucional em seguida ao direito assegurado, alerta diretamente aqueles que querem ter sua liberdade de opinião assegurada com direito fundamental, alertando que não deixem de se identificar - acertada a forma

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ SCHÄEFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: Proteções e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. P. 93.

que o legislador buscou de incluir tal restrição. Na realidade, esta é a forma mais legítima de restrição a um direito fundamental, uma vez que foi efetuada pelo mesmo órgão pelo mesmo órgão político que assegura tal direito, situação que, no jogo democrático, deve espelhar o consenso da maioria sobre os valores culturais plasmados em uma Constituição.¹¹⁰

A característica essencial da perenidade conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal (artigo 60 § 4º) confere a necessária efetividade aos postulados constitucionais, impedindo que maiorias eventuais desfaçam conquistas históricas de toda uma nação, pois nem sobre tudo pode a maioria decidir, na esteira do ensinamento de Luigi Ferrajoli.¹¹¹

Além da restrição apontada em texto constitucional, no que se refere ao conteúdo da opinião publicamente externada, a liberdade de expressão não abrange a violência. Toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto porém há de ser espiritual, não abrangendo a coação física. No dizer de Ulrich Karpen, “as opiniões devem ser endereçadas apenas ao cérebro, por meio de argumentação racional ou emocional ou por meio de meras assertivas”.¹¹²

Quanto aos interesses do emissor, da audiência e terceiros dentro de um processo de comunicação, variados motivos podem levar o emissor a querer o público que o ouve, que podem ser identificados como os seguintes três interesses: (i) o do emissor.(ii) o da audiência e, derradeiramente, (iii) o de terceiros, alcunhados de *bystanders*. (i) interesses do primeiro grupo podem ser diversos:“(…) um emissor pode estar interessado em aumentar sua reputação ou a diminuir de outrem, em aumentar as vendas de sue produto, em promover um estilo de vida, em clamar por uma mudança de governo, ou simplesmente em entreter ou chocar pessoas”¹¹³ (ii) O segundo grupo, qual seja, a audiência , por sua vez, estará interessada em (...) ser entretida, informada sobre tópicos políticos, alertadas acerca dos pros e contras das

¹¹⁰ SCHÄEFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: Proteções e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. P. 94

¹¹¹ FERRAJOLI, 1997 apud SCHÄFER, 2001, P. 93

¹¹² KARPEN, ULRICH. **Freedom of Expression**, in: Ulrich Karpen, ed., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, 1988

¹¹³ BORNHOLDT, Rodrigo Mayer. **Liberdade de Expressão e o Direito à Honra, Uma nova abordagem no Direito Brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010, p. 243.

alternativas disponíveis no mercados, e outras coisas”¹¹⁴ Referente a esse segundo grupo, Scanlon alerta para três pontos (ii.a) “Enquanto emissores, as vezes, objetivas apenas comunicar-se com aqueles que estão de fato interessados em receber o que eles tem de apresentar, em uma escala muito maior seus objetivos são mais extensos: eles querem obter a atenção de pessoas que, de outra maneira, não considerariam suas mensagens.”¹¹⁵

A preocupação em ter um aumento cada vez maior de leitores e seguidores gera uma preocupação ainda maior em impressionar fazendo algo que choque, em vez de informar de forma mais neutra. (ii.b) “ (...) controle que exercitamos sobre aquilo que acreditamos e que atitudes tomar é, em inúmeros aspectos, uma proteção incompleta contra os desautorizados efeitos da expressão.”¹¹⁶ (ii.c) “(...) mesmo que o interlocutor não aceite o que lhe é dito ou mostrado, considerando como besteira ou exagero, estará um pouco alterado pelo fato de ser visto ou escutado.” Demonstra assim o autor, a irreversibilidade das situações geradas por uma divulgação impropria acerca da conduta, da imagem, da privacidade, da dignidade, do bom nome ou da honra de determinada pessoa.¹¹⁷

Não é possível ignorar os efeitos causados na audiência pelas mensagens divulgadas pelos meios de comunicação em massa, pela grande quantidade de informação e conteúdo. O emissor para ter espaço e ser ouvido quer afetar as opiniões, atender o interesse de terceiros, estes podem ser dois: (iii.a.) “primeiro estão os interesses em evitar os indesejáveis efeitos colaterais de atos de expressão: trânsito, o barulho da massa e os resíduos provenientes da folhetagem. (iii.b) Em segundo, e mais importante, estão os interesses acerca dos efeitos por ser afetado simplesmente pelo fato de a audiência ter adquirido novas opiniões se, por exemplo, tais opiniões dizem respeito ao caráter moral do terceiro. Mais usualmente, terceiros são afetados quando a expressão promove mudanças no subsequente comportamento da audiência”¹¹⁸.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

Por fim, para o autor, a forma de se proteger os interesses de terceiros (iii) será a regulação da liberdade de expressão, o que pode ocasionar conflito com os interesses do emissores (i) e da audiência (ii). Scanlon relaciona a regulação de dois tipos de interesse (iiia e iiib) dos *bystanders*, concluindo que protege-los (iii) “(...) dos danosos efeitos colaterais dos atos de expressão .tal regulação não ameaça necessariamente interesses centrais da expressão.”¹¹⁹

Quanto à liberdade de informação jornalística, indica a constituição (art.220 , § 1º) que ela não se resume mais na simples liberdade de imprensa, pois esta está ligada à publicação de veículo impresso de comunicação. Além disso a informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social. A constituição não chega a precisar o que entende por veículos ou meios de comunicação social, mas os menciona no art. 220, §§ 1º e 5º. Por outro lado, ao referir se, em separado, a veículo impresso de comunicação (§ 6º), pode se ia entender que ela não inclui a imprensa escrita entre os meios de comunicação social. Talvez nem o seja. Porém o § 1º do art. 220 ao garantir a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social faz entrar também as informações jornalísticas impressas.¹²⁰

O autor traz uma certa elasticidade ao conceito de liberdade de informação jornalística, incluindo ainda aqueles que mesmo não tendo como sua atividade laboral o jornalismo. Ele inclui àqueles que desempenham a função de informar ou difundir notícias, em nome do direito do cidadão de acesso a informação, estes estariam também sob as prerrogativas inerentes à liberdade de informação jornalística.¹²¹

Com a atual convergência dos meios de comunicação e informação, considerando que os dispositivos tecnológicos estão vez menores e mais portáteis, reúnem-se os antigos periódicos jornais e revistas, e-mail, internet e possibilidade de comunicação e replicação imediata de conteúdo em redes sociais. Adicionalmente, permite a possibilidade de contato constante com outros indivíduos, independente de sua localização no planeta. Tudo isso agregado ao um anseio da

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.p 235

¹²¹ Ibid.

sociedade em compensar os tempo de rigorosa censura nos meios de comunicação e entretenimento, revela a tendência por parte de seus usuários a uma exacerbada exploração das novas tecnologias no intuito de quererem se expressar e serem ouvidos.

Não havendo ainda a possibilidade das normas constitucionais ou infraconstitucionais, por mais modernas que possam ser, de acompanhar as mudanças da sociedade e novas tecnologias, cabe ao julgador utilizar os preceitos legais existentes no que tange à proteção de direitos fundamentais, para evitar que se cometam abusos no exercícius da liberdade de expressão ao arrepio de a outros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Assim, os contornos de uma limitação de direitos fundamentais de liberdade de expressão e direito à informação podem estar delineados em outro direito fundamental já consagrado em texto constitucional. O mesmo ocorre com os direitos de personalidade, que com a evolução da sociedade e o surgimento de novas tecnologias revelam-se mais amplos e com novas perspectivas e abordagens.

3.2 Direitos de personalidade

3.2.1 Evolução histórica e constitucional dos direitos de personalidade

Desde a constituição do Império, outorgada em 1824, dois anos após a emancipação brasileira e a proclamação de independência do Brasil em 1822, havia previsão acerca dos direitos de personalidade, intitulados no texto constitucional como “Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, nossa primeira referência de base constitucional no que se refere a salvaguardar os direitos de personalidade, dispondo sobre a inviolabilidade do direitos civis dos cidadãos, garantidos pela Constituição do império, com proteção a sua casa como inviolável, e as inventores, proteção às suas descobertas e produções intelectuais, responsabilizando ainda os correios no caso de qualquer violação ao segredos das cartas.¹²²

¹²² BRASIL. **Constituição Federal**. 1824 - Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é

O momento histórico justificava as preocupações da constituição imperial, onde os direitos constitucionais não tutelavam estrangeiros nem escravos, pois o Brasil até 1888 teve como legitimada a escravidão.

Após a proclamação da República em 1888, a Constituição de 1891 insere na tutela dos direitos de personalidade constitucionalmente garantidos, a proteção aos estrangeiros, disposto em seu art. 72 e seguintes.¹²³

Após a emenda constitucional de 03 de setembro de 1926¹²⁴, incluem em sua redação que a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas

garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. [...] XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização. XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo.

¹²³ BRASIL. **Constituição Federal**. 1891. - Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.[...]§ 18 - É inviolável o sigilo da correspondência.[...]§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

¹²⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. 1926. Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 11. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode ali penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. [...]§ 18. É inviolável o sigilo da correspondência. [...]§ 25. Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilegio temporário ou será concedido pelo Congresso um premio razoável, quando haja conveniência de vulgarizar o invento. § 26. Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna¹²⁵

Chama a atenção a novidade trazida pelo art. 78, ao descrever que o rol de direitos de personalidades previstos na constituição não era exaustivo, dispositivo que passou a constar nas constituições seguintes.

Nesse contexto chega-se à Constituição de 1934¹²⁶, em seu art. 113 e seguintes, que mesmo com sua curta vigência até 1937, trouxe como inovação um título especial para a Declaração de Direitos, incluindo neste não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos.¹²⁷

Em 10 de novembro de 1937, fora outorgada a constituição de 1937, nas palavras de Jose Afonso da Silva tratou-se de um constituição “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem.”¹²⁸

Com a promulgação da Constituição de 1946¹²⁹, percebe-se o restabelecimento da ordem democrática, que a partir do art. 141 e seguintes, amplia a proteção aos direitos e garantias fundamentais.¹³⁰

¹²⁵ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 Ed. Sao Paulo: Malheiros, 2000.p.241

¹²⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. 1934. Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]8) É inviolável o sigilo da correspondência. 16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei. [...]18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade. 19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial. 20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de reproduzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar. [...]Art 114 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

¹²⁷ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.255

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. 1946 Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência.[...]§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.§ 17 - Os inventos

A emenda constitucional nº 10, após o golpe militar de 1964, inseriu ao §16, a exceção contida no § 1º do art. 147, dispondo sobre o direito de propriedade.¹³¹

Destaca-se a Constituição de 1967 pela sua arbitrariedade e censura militar, não obstante trouxesse disposto em seu texto constitucional em seu art. 150 e seguintes proteção aos direitos e garantias individuais¹³²

Por fim, em 1988, a Constituição Federal conhecida como Constituição Cidadã, trouxe um conjunto bem mais amplos de direitos considerados essenciais a pessoa humana, que assim como a evolução da sociedade, houve uma evolução não só na ampliação desses direitos mas em novas perspectivas e concepções buscando ainda incluir direitos adequados às inovações da sociedade.¹³³

industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. § 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial. § 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

¹³⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. 1946

¹³¹ BRASIL. **Constituição Federal**. 1946. § 16. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. § 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

¹³² BRASIL. **Constituição Federal**. 1967. Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.[...] § 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. § 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer. § 24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial. § 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

¹³³ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988 . Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta

A importância de se fazer uma breve evolução histórica dos dispositivos constitucionais, acerca dos direitos de personalidade revela a necessidade da constante adequação da proteção constitucional, considerando a evolução da sociedade e as inovações tecnológicas que influenciam diretamente seu comportamento e como os indivíduos dessa sociedade interagem.

Um texto constitucional promulgado há mais de 25 anos – legislação defasada - associado aos avanços tecnológicos que possibilitam uma convergência dos meios de comunicação e informação, cria-se um ambiente ainda mais sensível no que se refere à possibilidade de danos aos direitos de personalidade e sua proteção. Olhando para o passado, pode-se perceber que alterações sempre foram necessárias em nosso texto constitucional para poder melhor abrigar as novas especificidades da sociedade.

Até que mais modernos dispositivos constitucionais e infra constitucionais sejam introduzidos em nosso ordenamento no que se refere ao uso da internet, no intuito de melhor resguardar os direitos de nova geração, cabe aos julgadores melhor aplicar e interpretar o que nos é oferecido pelo texto constitucional atual, utilizando como limitação de um direito fundamental outro direito fundamental também protegido em texto constitucional.

Constituição;[...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; [...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

3.2.2 Direitos de personalidade como limite constitucional à Liberdade de Expressão.

Como determinado na Constituição Federal em seu art. 5º, X, os direitos individuais fundamentais “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”¹³⁴

Sob a conceituação de direitos de personalidade, surge a definição de Jonatas Machado: “Sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais a pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza a disciplina, com a finalidade de preservar sua dignidade.”¹³⁵

Integrando o sistema de direitos fundamentais estão um conjunto de valores a serem chamados de direito de personalidade. “A honra, a intimidade e a própria imagem têm sido consideradas pela teoria jurídica tradicional como manifestações dos direitos de personalidade, e no sistema atual dos direitos fundamentais como expressão do valor da dignidade humana”.¹³⁶

O direito à honra é uma das primeiras manifestações em defesa de valores ou qualidade morais de pessoa humana. Sua origem remonta, igualmente como muitos outros direitos e institutos jurídicos, ao Direito Romano, ensina Edilson Pereira de Farias¹³⁷. Ensina Paulo Gonet que “O respeito à honra de terceiros é outro limite a liberdade de imprensa.” Aqui, a restrição está prevista expressamente na Constituição¹³⁸ como limite de direito fundamental, trazendo não apenas a

¹³⁴ BRASIL. **Constituição Federal**. 1988

¹³⁵ MACHADO, Jonatas. E.M Op. Cit p 360

¹³⁶ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estados de Derecho y Constitución**. Madrid, Tecnos, 1995

¹³⁷ FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. p 121.

¹³⁸ Assentou-se na jurisprudência que a liberdade de imprensa não cria imunidade para o jornalista RESP 164.421\ RJ, RSTJ, 128\372. No precedente, confirmou-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que condenava certo jornalista a pagar indenização por uma nota tida como ofensiva a honra da Federação Equatoriana de Futebol., reiterou-se entendimento que pessoa jurídica tem honra objetiva a defender. Além disso, a decisão consagra a ideia que a liberdade de imprensa, cujo corolário é o dever de informar, e cuja garantia é o sigilo das fontes, não concede ao jornalista um passaporte de imunidade, para investir contra a honra das pessoas.

importância de respeitá-la, mas por fatores históricos, a honra tem um valor de relevo especial quando afetada, de fazer algo ou deixar de fazer em nome da honra.

Além do direito à honra esculpido dentro dos direitos de personalidade, o direito à intimidade é um dos novos direitos surgidos com o advento das sociedades industriais modernas. A intimidade pode ser definida como o modo de ser da pessoa e que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só.¹³⁹

A Constituição de 1988 assegurou como um direito fundamental o direito à imagem, acompanhando a tendência hodierna de várias constituições contemporâneas que o consagra em seus textos como direito à imagem, em linguagem jurídica, compreende a faculdade que toda pessoa tem para dispor de aparência, autorizando ou não a captação e difusão dela.¹⁴⁰

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação dos aspectos visuais da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radio fusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.

O cinema e a televisão são formas de representação integral da figura humana. De uma e de outra pode dizer-se, que avizinham extraordinariamente o espectador da inteira realidade, constituindo os mais graves modos de representação no que tange à tutela dos direitos. Não falta quem inclua no rol das modalidades figurativas interessantes para o direito os retratos falados e os retratos literários, conquanto não sejam elas expressões sensíveis e sim intelectuais da personalidade. Por outro lado, a imagem não é só o aspecto físico total do sujeito, nem particularmente os semblantes, como o teriam sustentado *Schneckert* e *Koenig*. “ Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer

¹³⁹ Ibid., p.123-124

¹⁴⁰ Ibid.

o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros.¹⁴¹

Considerando as diferentes perspectivas que se pode aferir da imagem de uma pessoa, é importante relevar que mesmo as pessoas públicas têm aspectos indiscutivelmente privados por sua natureza e que merecem ser preservados e protegidos.

A distinção público versus privado já foi objeto de análise na filosofia e nas ciências sociais. Uma das mais penetrantes foi feita por Hanna Arendt. Em sua teoria das esferas, ela defende que há três esferas em que o indivíduo realiza suas atividades: a pública, a privada e a íntima, não possibilitando a terceiros que trefugem livremente nas três esferas de um indivíduo.¹⁴²

Assim, a dimensão do segredo, para Hannah Arendt, será intolerável na esfera pública, mas essencial à esfera privada. Natural que se tenha uma valoração diferenciada nos distintos setores da vida, não podendo se exigir de uma pessoa pública que externar todas suas nuances de sua vida privada. É com base nessas premissas que a Constituição Federal trata o problema de proteção à privacidade e de maior abertura possível à informação na esfera pública.¹⁴³

Neste sentido, os efeitos da dogmática da liberdade de expressão, representam o interesse público. O espaço privado, contudo, ganha em proporção, já que concentra não mais apenas nas atividades laborativas e é um espaço a partir do qual pode o indivíduo livremente desenvolver sua personalidade, criar modos e atividades independentes, ou ainda se proteger da massacrante interferência do social em suas vidas. Essa proteção permite também ao ser humano desenvolver-se a partir de característica inerente: a pluralidade. Além disso, a dimensão privada evita que o indivíduo sucumba às coerções/tentações oferecidas pelos totalitarismos, sempre ameaçadores.¹⁴⁴

¹⁴¹ MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. IN Revista dos Tribunais. São Paulo, RT ano 61 n° 443, set de 1972, p.64-65

¹⁴² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direito humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo Cia das Letras, 1991. P150

¹⁴³ FERREIRA Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação**: Direitos fundamentais na Constituição brasileira, p.217-228.

¹⁴⁴ CORREA DE OLIVEIRA, Jose Lamartine. **O Estado de Direito e os direitos de personalidade**. p. 17

Independente da esfera que pertença uma atividade realizada por um indivíduo, sendo pessoa pública ou não, haverá uma tensão existente entre a liberdade de expressão e direitos de personalidade, que permite analisar onde começa um e termina o outro. Não se trata de um ser subjugado pelo outro, mas de perceber a possibilidade da coexistência de ambos os direitos num caso concreto quando ocorrem variações na referida tensão. Além disso, haverá variáveis condicionantes nos casos concretos, que permitirão que a precedência de um princípio em relação ao outro, podendo ainda se alternarem, trazendo assim resultados antagônicos.

3.3 Colisão e tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet brasileira.

Nossa Constituição Federal em seu preâmbulo referenda os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Neste apelo à “harmonia social”, vale declarar que o princípio da harmonia entre os valores constitucionais há de orientar sua aplicação¹⁴⁵.

Partindo dessa premissa, os valores constitucionais devem, em regra, ser harmônicos, permitindo que na garantia do assegurado constitucionalmente ao cidadão, os princípios atuem concomitantemente e completivamente, e ainda que em determinadas situações concretas se apresentem numa relação de tensão, na tutela de pretensões de direitos subjetivos de indivíduos diferentes, inseridos numa questão onde ambos têm seus direitos fundamentais observados e resguardados.

A liberdade de expressão de um indivíduo ou grupo em posição antagônica aos direitos de personalidade de outro indivíduo ou de um determinado grupo, o que nos moldes atuais, com o advento da internet e de dispositivos cada vez mais ágeis no compartilhamento e multiplicação de conteúdo passa a ter contornos próprios se comparados ao mesmo conflito na mídia impressa ou televisiva.

¹⁴⁵ SILVA, Jose Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.p 611.

Assim como na mídia impressa, percebe-se na internet um sentimento presente de buscar uma compensação de poder usufruir da liberdade de expressão, historicamente reprimido por parte de governos anteriores nitidamente autoritários, onde a censura se fazia presente em toda e qualquer produção intelectual, cultural ou artística.

Nesse contexto, a liberdade usufruída pelo cidadão que, inserido numa posição que, ao mesmo tempo, atua como consumidor/produtor/multiplicador de informação, só pode ser restringida em confronto com outro direito fundamental. A liberdade de expressão e de informação, especificamente a liberdade de imprensa, somente pode ser restringida em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como direito à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral¹⁴⁶.

Em ambiente de internet, não só publicações jornalísticas da imprensa, mas também publicações diárias de conteúdo de usuários de internet, jornalistas ou não, que assinam suas respectivas manifestações, tem de forma legítima a constitucional proteção ao seu direito de externar seus pensamentos. No entanto, é importante que o usuário de internet que externa na rede suas opiniões, ciente de seus direitos fundamentais na qualidade de cidadão, desenvolvendo e contribuindo para sua autoafirmação, perceba a potencialidade do alcance das informações inseridas na rede mundial de computadores e saiba respeitar a pessoa humana e as relações humanas na sociedade.

Ocorre que, independente da motivação ou justificativa, e considerando ainda a ciência do indivíduo de lei que supostamente o assegura de externar sua opinião, alguns no exercício do direito de liberdade e expressão abusam desse direito, adentrando e violando direitos de personalidade de terceiros, ameaçando ou ferindo sua imagem.

Partindo desse pressuposto, o reconhecimento de certos direitos subjetivos mínimos, atinentes à vida e à liberdade, garantem formalmente as relações humanas, contribuindo de dois modos para o reconhecimento do indivíduo: exige respeito dos demais e contribui para sua autoafirmação¹⁴⁷. Mais importante até do

¹⁴⁶ Ibid. p. 991.

¹⁴⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo Cia das Letras, 1991. P150

que ter o respeito dos outros, a importância do direito consiste exatamente em permitir o desenvolvimento dessa “consideração própria”, dessa “autoconsideração” (*Selbstachtung*). E manifestar-se-á especialmente nos casos alusivos a honra enquanto dignidade humana. Está em jogo, nesse momento, a consideração de cada pessoa pelo só fato de ser pessoa humana, e não pelas suas qualidades individuais. “Respeito” e “consideração” (*Achtung*) serão os termos característicos a essa dimensão. Por outro lado, as formas de desconsideração serão a “exclusão social” (*sozialer Ausschluss*) e a “privação de direitos” (*Entrechtung*), a perda de direitos leva a “morte social”¹⁴⁸.

Adicionalmente, existe ainda no ambiente da internet a ação de influenciar outros. Comunicando-se na rede, sendo ouvido e compartilhando, o emissor percebe-se como formador de opinião e agente que pode influenciar outras opiniões, independente de seus anseios, uma capacidade que pode ao mesmo tempo elevar o sentimento próprio, como anular sentimentos alheios.

Será com base na experiência de desumanização provocada pelas duas guerras mundiais que Hannah Arendt valorizará também esta perspectiva do “direito a ter direitos” como essencial para cidadania¹⁴⁹.

A história das grandes guerras já mostrou ao homem como a capacidade de influenciar opiniões em massa pode ser utilizada ao ponto de seres humanos serem humilhados, culminando a desenvolver nos subjugados um próprio sentimento de não existência sobre a face da terra.

A possibilidade de o homem ser ferido em seus direitos de personalidade, ao ponto deste ser colocado à marginalidade da sociedade, independente dos fatos que levaram ao ponto extremo de discriminação - punição esta que ultrapassa os castigos físicos não possibilita que o ofendido suporte viver cercado daqueles que atentam contra sua dignidade humana.

Dessa forma, a “privação de direitos” (*Entrechtung*) representará não apenas um modo absoluto, mas também relativo, de discriminações injustificadas a certos grupos, classes ou categorias de pessoas. Tais situações de exclusão social devem ser tratadas como agressões de personalidade, em combinação com o postulado da

¹⁴⁸ BORNHOLDT, Rodrigo Mayer. **Liberdade de Expressão e o Direito à Honra, Uma nova abordagem no Direito Brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010, p. 243.

¹⁴⁹ Ibid.

dignidade humana. O princípio da dignidade humana tem sido considerado como pedra angular, a base essencial de todo o sistema de direitos fundamentais. Isso ocorre desde logo por influência da Constituição Alemã, que a considera intocável (*Unantastbar*)¹⁵⁰.

Há ainda outra forma de exclusão, o chamado “assassinato” da imagem (*Rufmord*)¹⁵¹ - conhecido como “linchamento moral” - bem representado no conto a Honra Perdida de Katharina Blum, de Heinrich Böll. Trata-se de uma injúria relativa a práticas repugnantes (normalmente criminalizadas), divulgadas pelos meios de comunicação de massa. Tais campanhas, por vezes, serão injustificadas, desde que verdadeiras, e quando haja efetivo interesse público. Estas situações provocam o isolamento social, a retirada da vida política, o abandono do lar e mesmo o suicídio.

Percebe-se um conflito de direitos fundamentais quando aquele que publica em site, *blog* ou plataforma de rede social, mesmo espontaneamente identificado como autor da publicação em internet – direito a liberdade de expressão - divulgue conteúdo que pode macular o direito de personalidade de terceiro, seja em relação à sua honra ou intimidade. O fato representa, assim, a colisão do direito a liberdade de expressão de um com o direito de personalidade de outro, já que o autor assim como aquele que compartilha conteúdo, estão espontaneamente identificados em postagem de conteúdo referente à intimidade de terceiros.

O mesmo ocorre quando usuário de internet, devidamente e espontaneamente identificado, reenvia ou compartilha opinião, vez que a própria arquitetura de internet nas plataformas de redes sociais e portais de conteúdo informativo facilitam e privilegiam a possibilidade de compartilhar, buscando um alcance e maior disseminação de seus conteúdos, até mesmo antes daquele que compartilha ter ciência por completo do conteúdo por ele compartilhado.

Tais direitos fundamentais expressos em Constituição Federal, com a vigência da Lei 12.695 de 2014, conhecido como Marco Civil da Internet, foram reforçados e capitulados como princípios a serem observados no uso da internet no

¹⁵⁰ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de Expressão o e Direito à Honra, Uma nova abordagem no Direito Brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010

¹⁵¹ A *Rufmord* representaria uma total destruição da reputação de alguém. Assim se refere Leni Riefenstahl as insinuações de ligações suas, inclusive sexuais, com chefes nazistas: recentemente Helmut Kohl, a propósito de escândalo envolvendo contribuições ilegalmente recebidas, utilizou o mesmo termo.

Brasil, ambos em mesmo artigo 3º disposto diretamente em sequencia, incisos I e II.¹⁵²

Percebe-se nitidamente a colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade¹⁵³, e (c) entre bens jurídicos coletivos. Assinala-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos comporta temperamentos, já que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção. Assim, importante ainda diferenciar de muitas questões tratadas como relações conflituosas de direito configuram conflitos aparentes, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo¹⁵⁴. Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental.

Nas colisões entre direitos fundamentais diversos, assume peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro¹⁵⁵. A colisão entre o direito a liberdade de opinião e expressão, contidas na Constituição Federal art. 5º IX e a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas, por sua vez contido no art. 5º X, é um típico exemplo de colisão assinalado por Edilson Farias¹⁵⁶.

A representação autêntica de colisão entre direitos fundamentais é a tensão existente ente liberdade de expressão e os direitos de personalidade. Nas possibilidades de solução em caso de conflito entres esse dois direitos fundamentais,

¹⁵² BRASIL, **Lei 12.965 DE 2014**. Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - 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; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede.

¹⁵³ CANOTILHO, **Direito constitucional**, cit p.1229

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO Paulo Gustavo Gonet – **Curso de Direito Constitucional** 9 Ed. ED Saraiva, São Paulo, 2014 .p.

¹⁵⁵ Alexy, **Kollision und Abwägung**, cit., p. 105. Cf., também , Farias, Colisão de direitos, cit., p.94

¹⁵⁶ CF e FARIAS Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a ida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2 ed. Porto Alegre, 2000, p. 128

é possível que uma das fórmulas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais¹⁵⁷.

Se antes do surgimento da Lei 12.695 de 2014, conhecido como Marco Civil da Internet, o conflito entre os direitos fundamentais referente à liberdade de expressão e os direitos de personalidade já merecia uma atenção especial, hoje com o advento da internet e como tal tecnologia tem influenciado o comportamento da sociedade, é importante focarmos no que deve ser destacado para uma correta análise do referido conflito e a adoção de uma correta, ou melhor dizendo, adequada solução para cada situação em concreto.

De um lado, cumpre resguardar que a liberdade de expressão no que ela transcende a dimensão de garantia individual, no que se refere a sua capacidade de formação de opinião pública, revela uma suposta tendência em dar um certa precedência à liberdade de expressão e direito à informação.

A colisão abrangendo os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e comunicação significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Por outro lado, conforme exposto, a liberdade de expressão e comunicação, estimada como um direito fundamental que transcende a dimensão de garantia individual por contribuir para a formação da opinião pública pluralista, instituição considerada essencial para o funcionamento da sociedade democrática, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais, de modo que resulte totalmente desnaturalizada. Assim, o grande dilema é “obter o controle de invasões de privacidade sem, ou o improvável apoio da opinião ou supressão da imprensa”¹⁵⁸.

Considerando a característica generativa da internet e a preocupação do Marco Civil da Internet, que além de seu foco principal estar na proteção dos direitos fundamentais, ocupa-se também no intuito de preservar a internet como um ambiente livre e criativo, o que justamente propicia ao cidadão um ambiente democrático de discussão e propagação de ideias.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵⁸ FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. p 121.

A colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade é bem mais antigo que o surgimento da internet em nosso país, porém a internet com suas especificidades veio trazer novos contornos à colisão entre estes direitos fundamentais, que com o passar do tempo precisa se adequar à velocidade em que as inovações na internet vem surgindo, o que pode ser constatado na análise dos julgados sobre o tema nos últimos anos.

Pode-se melhor compreender os julgados do Superior Tribunal de Justiça em casos que tratam de indenização por provedores de conteúdo a usuários que tiveram seus direitos de personalidade ofendidos, quando aqueles ocorrem com culpa.

Respondem os provedores de conteúdo somente quando forem notificados, e mesmo após notificados mantiverem por prazo injustificado conteúdo ofensivo, sendo ainda disposto em considerável parte dos votos que havendo colisão entre direitos de personalidades e direito a liberdade de expressão revela uma tendência nos referidos julgados que o fiel da balança pender à liberdade de expressão.

O texto constitucional não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, que além de restrição que já acompanha o próprio dispositivo, no que tange a não possibilidade de ocorrência de anonimato do agente, condição asseguradora para sua observância, complementado por outro dispositivo constitucional como disposto em artigo 220.¹⁵⁹

Observa-se com o artigo 220 da Constituição, uma resolução apresentada pelo legislador, com dispositivo que se apresenta como uma expressa reserva legal qualificada, que restringe a liberdade de expressão com intuito de se preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.¹⁶⁰

A edição do Marco Civil da Internet, não supre a carência legislativa, que embora autorizado pelo texto constitucional para densificar os limites da liberdade de

¹⁵⁹ BRASIL. Constituição Federal. 1988. Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV

165 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

expressão e comunicação, a fim de prevenir eventuais confronto com outros direitos fundamentais, o legislador pátrio não se preocupou em elaborar lei sobre a matéria, quer na esfera civil, quer na área penal, após promulgação da Constituição Federal em vigor.¹⁶¹

Importante observar que apesar de não suprir a carência legislativa no que poderia auxiliar na resolução de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, o Marco Civil da Internet veio reforçar a preocupação do legislador ao respeito aos direitos fundamentais, acompanhando as tendências globais de governança de internet, focados nos direitos humanos e direitos fundamentais, sem contudo trazer qualquer tipo de hierarquia entre liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Na verdade, percebe-se tanto na liberdade de expressão e pensamento, como nos direitos de personalidade, limites recíprocos, variando de intensidade de acordo com as especificidades do caso concreto, porém, revelam-se coexistentes e necessários à uma sociedade pluralista e democrática, revelando uma tensão existente.

Cabe, portanto, ao judiciário, na interpretação das normas já existentes no ordenamento, dirimir as questões conflituosas não resolvidas pelo legislador, e mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, como guardião na constitucional, zelar na observância dos direitos fundamentais do cidadão, mesmo havendo colisão real entre direitos fundamentais, que nenhum seja tolhido em detrimento do outro.

Não obstante a liberdade de expressão e de pensamento encontrem no artigo 220 da Constituição Federal que “não sofrerão qualquer restrição”, no mesmo dispositivo percebe-se importante complementação em “observado o disposto nesta Constituição”, o que nos releva a necessidade de preservar a unicidade da Constituição Federal, onde algumas das soluções buscadas encontram-se nela mesma, basta uma interpretação atenta, contextualizada, abordando as especificidades de cada caso concreto, as circunstâncias temporais do evento e o meio que ocorre.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira, **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. In: Revista de Informação Legislativa. 1994. p.296

O Marco Civil da Internet, como abordado em capítulo anterior deste trabalho, tem seu foco nos direitos humanos e em assegurar ao cidadão e usuário de internet cidadania nos meios digitais e reforços para efetividade de direitos constitucionalmente assegurados, não revela hierarquia entre os direitos fundamentais reforçados em seu bojo.

Cumpra assim, nos moldes já utilizados pelo Judiciário, buscar uma resolução caso a caso, o que permite ainda uma relativa possibilidade de se acompanhar uma constante evolução da sociedade, considerando os avanços tecnológicos hoje experimentados.

Neste sentido, o próximo sub capítulo abordará o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, revelando uma tendência já observada em casos emblemáticos na fecunda corte constitucional alemã, utilizando a técnica de ponderação de interesses, onde a liberdade de expressão e de comunicação encontram limites no direito de personalidade.¹⁶²

A evolução histórica da liberdade de expressão e direitos de personalidade revelam a influência de cada época esculpida em seus respectivos textos constitucionais, relevando ainda uma euforia legislativa pós governos militares e autoritários, num anseio de proteger a democracia brasileira da censura que por muitos anos assolou nosso país.

A característica generativa da internet e a preocupação do legislador brasileiro em preservar essa qualidade, sem olvidar das proteções necessárias aos cidadãos no que diz respeito ao seus direitos fundamentais, revela que a internet como um ambiente criativo e livre para futuras aplicações, onde serão criadas inovações que promoverão também futuros e inéditos conflitos a serem dirimidos pelos julgadores.

As especificidades da internet e a necessidade de um reequilíbrio dos esforços legislativos para impedir a ocorrência de uma censura como a vivida em outros tempos, revela ampla possibilidade de eventuais colisões entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, antes num ambiente de mídia impressa ou

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, **Curso de direito constitucional**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. In: Revista de Informação Legislativa. 1994.

simplesmente televisa, diferente da realidade dos dias atuais com o advento da internet, onde consumidor e gerador de informação e opinião se confundem num mesmo indivíduo, demonstram a necessidade de se observar esta colisão entre direitos fundamentais considerando as novas condições, da volatilidade das redes sociais e da velocidade de disseminação e repercussão de um fato quando se torna público.

Assim, independente do meio que possa surgir as colisões entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, cabe ao aplicador do direito fazer o correto cotejo entre cada bem tutelado em cada direito fundamental que se busca proteger, que mesmo num conflito onde um direito fundamental se revelara mais contundente, o outro deve ser assegurado em conjunto.

Uma situação de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade em meios digitais, analisados em uma situação concreta requer uma ponderação entre os direitos tutelados e protegidos por cada direito fundamental, os diversos elementos contidos dentro do fato serão sopesados para uma melhor aferição do que deve ser mais ou menos valorizado, dentro de uma constante tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, hoje admitindo nuances tão variadas, possíveis graças à um ambiente tão volátil e variado como a internet e as redes sociais.

3.4 Ponderação de interesses na resolução de colisão entre direitos fundamentais

Como bem observado por Karl Engisch, a contradição principiológica é um fenômeno inevitável, na medida em que constitui reflexão natural das desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo fato de, na constituição desta, tomarem parte diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode estabelecer conflito.¹⁶³

¹⁶³ ENGISCH Karl. **Introdução ao pensamento Jurídico**. 6ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 318.

Assim, a ponderação de interesses consiste justamente no método utilizado para a resolução destes conflitos constitucionais.¹⁶⁴

A ponderação pode ser entendida como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (*hard cases*), nos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e por vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes, sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.¹⁶⁵

A ponderação caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado revelam-se determinantes para a atribuição do “peso” a cada princípio em colisão, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.¹⁶⁶

Importante ainda mencionar, que haverá limites à ponderação de interesses no respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo desses direitos, que não podem ser ceifados pelo aplicador do Direito. Dessa forma, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um núcleo inexpugnável, protegido de qualquer restrição.

Ao se falar em conteúdo essencial dos direitos fundamentais importante destacar que existem duas orientações doutrinárias a teoria absoluta¹⁶⁷ e a teoria

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2000. p. 97

¹⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para ponderação Constitucional**. In. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e relações provadas. LUIS ROBERTO BARROSO (Org.) 3ªEd. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.p.159

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ A teoria absoluta preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassados em nenhuma hipótese, nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia. Dita teoria é acompanhada, entre outros autores, por Canotilho e Jose Carlos Vieira de Andrade.

relativa¹⁶⁸, sendo assim a segunda teoria adequada ao tratamento de conflitos entre liberdade de expressão de direitos de personalidades em ambiente de internet, onde tantas variáveis estão presentes em cada caso, não nos deixa outra opção senão utilizarmos a ponderação sob a égide da teoria relativa, reconduzindo a proteção ao núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade. Entre seus adeptos, figura Robert Alexy e Peter Häberle.¹⁶⁹

A ponderação ou sopesamento passa a fornecer novos instrumentos para a função jurisdicional em seus desafios atuais, como na resolução de casos complexos, o que não é mais possível somente com a aplicação da fórmula positivista clássica.¹⁷⁰

Quando dois princípios entram em colisão, onde um diz que algo é proibido e outro que é permitido, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica de outro. O que não implica que o princípio em segundo plano seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos.¹⁷¹

A regra de ponderação segundo Robert Alexy, observa que a dissonância entre dois comandos igualmente válidos para que, através de cessões na aplicação de ambos, seja alcançado um resultado novo que resulta da justaposição de ambos, mas nunca de uma supressão.¹⁷²

Segundo a lei de ponderação, a ponderação deve ser realizada em três graus. Primeiramente deve ser determinada a intensidade da intervenção. Segundo, trata-se então da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. E por fim, no terceiro grau, realiza-se a ponderação em sentido restrito e verdadeiro.¹⁷³

¹⁶⁸ Cf. Canotilho, **Direito Constitucional**, ob. Cit., pp631 e seguintes

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2000. p. 112.

¹⁷⁰ PÍCOLO, Guilherme Gouveia. **Direito de Livre Expressão vs Direito à honra, vida privada e intimidade**. AD Litteras et Verba. São Paulo. 2014.p.158

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo> Martins Fontes, 2002.p.80.

¹⁷² PÍCOLO, Guilherme Gouveia. **Direito de Livre Expressão vs Direito à honra, vida privada e intimidade**. AD Litteras et Verba. São Paulo. 2014.p.158

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo. 2006.p.90.

A ponderação nos moldes propostos ao longo deste estudo, funda-se em critérios racionais, passíveis de controle objetivo. O uso do princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, para aferição da validade da compreensão a cada um dos interesses constitucionais em jogo, bem como a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz substancial das ponderações, diminuem a carga de subjetividade inerente ao processo em questão, tornando-o mais seguro e controlável.¹⁷⁴

Por outro lado, a fundamentação decisória deverá permitir a análise da congruência da ponderação, conferindo-lhe maior transparência e evitando decisões motivadas por caprichos e preferências puramente subjetivas.

3.5 Legitimidade no Juízo de ponderação e tripartição de poderes no regime democrático (críticas à ponderação).

Por mais adequada que se revele a ponderação na resolução de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, existem relevantes aspectos levantados por aqueles que criticam seus métodos sob os seguintes aspectos: (i) sua suposta inconsistência metodológica e (ii) possibilidade da ocorrência de decisionismo judicial e usurpação do poder legislativo, vez que seria nada razoável defender que a ponderação acaba por carrear certa dose de discricionariedade ao julgador, culminando numa desestabilização da segurança jurídica, onde possibilita a ocorrência do mais puro decisionismo judicial, em que preferências puramente subjetivas e não justificadas ditam o resultado de um conflito entre princípios.

Quanto ao primeiro aspecto, no que se refere a uma inconsistência metodológica, se posiciona Friedrich Muller, segundo o qual a ponderação não contém nenhum critério material que satisfaça às exigências de clareza das normas,

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2000. p. 146

de segurança jurídica e de estabilidade de métodos impostas pelo Estado de Direito.¹⁷⁵

Neste mesmo sentido, Paulo Gonet refletindo sobre o trabalho de Böckenförde, ao perceber no juízo de ponderação a associação dos direitos fundamentais a valores para encobrir deliberações judiciais desvestidas de rigor jurídico, porque “não existe clareza nem fundamentação racional para os valores nem uma ordem de valores, nem um sistema de preferências discutíveis e reconhecíveis racionalmente para uma determinação de hierarquia de valores e para uma ponderação de valores edificada sobre ela”¹⁷⁶, sendo assim segundo o autor, não existe um sistema racionalmente fundado para resolver os conflitos entre esses valores.¹⁷⁷

Adverte ainda Paulo Gonet para a consequência de diluição da vinculatividade dos direitos fundamentais, como o exemplo do que poderia suceder à liberdade de consciência. Essa garantia terminaria por proteger apenas a quem não necessita invocá-la (estes de acordo com o pensamento dominante), mas não sustentaria a posição de quem mais dela necessita, o dissidente, que, por não consoar com o que se entende no momento como valioso, não teria por que ser protegido. Garantindo assim a liberdade valiosa, ou seja, tutelada de acordo com que o Estado define como valioso.¹⁷⁸

Outro aspecto da ponderação que aflige àqueles que a criticam, que acaba sendo uma derivação de uma suposta inconsistência metodológica, é a possibilidade da atuação de julgadores ao ponderar, acabariam por usurpar poderes tipicamente legislativos, vez que a ponderação surge muitas vezes na necessidade de aplicar a Constituição a casos concretos litigioso ondem versem conflitos entre direitos fundamentais, e resolver estes litígios é tarefa tipicamente jurisdicional.

De fato, os novos tempos e novos problemas trazidos pelas novas tecnologias desafiam novas respostas. Habermas admite que ordem jurídica que se justifica por princípios depende de interpretação construtiva, necessitando uma

¹⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**, Presses Universitaires de France, 1996.

¹⁷⁶ CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores**. Granada: Comares, 2005

¹⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 69

¹⁷⁸ Ibid.

justificação externa. Concorde com Böckenförde, entretanto, na repulsa a que essa interpretação ocorra sob o marco de uma ponderação de valores. Norma e valores não podem ser aplicados, portanto, da mesma maneira.¹⁷⁹

Coadunam os autores no ponto que a jurisprudência de valores suscita problemas de legitimidade, porquanto implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma nova legislação concorrente. Ao problema da legitimação acrescenta o reparo da falta de racionalidade no processo de ponderação de valores e refere o dano da perda de efetividade dos direitos fundamentais.¹⁸⁰

Ambos autores assinalam problemas de legitimidade para que a Corte realize a ponderação, justamente por não encontrarem um critério racional sob o qual tal exercício se realize.

Habermas vai mais além no que concerne à essa ausência de legitimidade afetar o todo o processo democrático, pois o processo democrático carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; e para formular adequadamente os direitos privados subjetivos ou para impô-los politicamente, é necessário que os afetados tenham esclarecido antes, em discussões públicas, os pontos de vista relevantes para o tratamento igual ou não-igual de casos típicos e tenham mobilizado o poder comunicativo para a consideração de suas necessidades interpretadas de um modo novo.¹⁸¹

Sob este aspecto criticado, a discussão pública, com a apresentação de pontos de vistas de variados setores da sociedade com diferentes perspectivas, hoje possibilitada pela internet permite ao cidadão participar mais diretamente do jogo democrático, o que pode conferir a legitimidade faltante à técnica de ponderação.

No direito norte americano, as críticas ao juízo de ponderação ou o balanceamento (*balancing*), mesmo com uma significativa expansão que vinha experimentando até a década de 1990, padecia de severos questionamentos, como em 1989, quando o juiz da Suprema Corte Americana Antonin Scalia proferiu conferência em Harvard, posteriormente publicada, em que sustentou que a

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre faticidade e validade**, vol. II. p 310

democracia constitucional está melhor assistida quando, no domínio normativo, as regras superam os princípios e os juízes por categoria prevalecem sobre os de ponderação.¹⁸²

A conferencia de Scalia, assim como um minucioso estudo *Constitutional Law in the Age of Balancing*, publicado por Alexander Aleinikof sistematizando objeções ao juízo de ponderação, classificando-as em críticas internas e críticas externas. A ponderação, levada a extremo, seria “um nihilismo doutrinariamente destrutivo.”¹⁸³

A ponderação firmou-se como técnica de decisão tanto na Europa como nos Estados Unidos, não lhe faltando críticos no Novo e Velho Continentes, o que o judiciário ao ponderar e atribuir valores e preferências não descritas na lei positivada, estaria invadindo a função legislativa pertencente ao Poder Legislativo ao privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, atentando assim contra a tripartição dos poderes.

Num Estado Democrático de Direito é basilar a tripartição de poderes e como suas independentes atribuições ao mesmo tempo impedem usurpação de seus poderes perante os demais e zelam pela manutenção do governo democrático.

A Constituição Federal delimita a atual ação de cada um dos poderes, agindo como verdadeiros freios constitucionais, como bem colocado por Stephen Holmes : “[...] *los frenos constitucionales, lejos de ser sistemáticamente antidemocráticos, pueden reforzar la democracia. El gobierno democrático, como toda creación humana, necesita de reparación periódica.*” ou seja, os freios constitucionais, longe de serem sistematicamente antidemocráticos, podem reforçar a democracia, e como toda criação humana, necessita reparação periódica.¹⁸⁴

Esta reparação periódica, necessária à evolução da sociedade, tem sido realizada pelo Poder Judiciário na interpretação das normas, sem contudo, ameaçar a tripartição de poderes ou a democracia, vez que age na defesa da efetivação de direitos fundamentais, mesmo na ocorrência de colisão entre dois direitos

¹⁸² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 98

¹⁸³ The rule of law as a law of rules. The University of Chicago Law Review, n56,1989p.989

¹⁸⁴ HOLMES, Stephen. **Precommitment and the paradox of democracy**. in Elster e Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, como intérprete último dos ditames constitucionais, e que na atribuição de revisão judicial, desempenharia segundo alguns críticos uma postura antidemocrática, por vezes contra a maioria da opinião da massa, ou seja, contrária ao posicionamento da população ou ainda do poder legislativo, o qual exerce a legítima representação popular.

Se o Poder Judiciário, se limitasse a exercer suas atribuições de forma rígida face aos padrões do passado, geraria uma instabilidade política e insegurança jurídica, ameaçadora à própria democracia e aos direitos humanos constitucionalmente protegidos e incapaz de solucionar casos concretos de colisão entre direitos fundamentais.

Segundo Stephen Holmes a Constituição protege a sociedade dela mesma, impedindo que num instante de “miopia social” coloque em risco seus preceitos fundamentais.

Cabe portanto ao STF ser guardião dos preceitos fundamentais, dentro de suas atribuições conferidas pelo texto constitucional, acompanhando a evolução da sociedade, observando os compromissos constitucionais, importantes para garantia de um governo de regime democrático.

Percebe-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal com a teoria da interpretação construtivista desenvolvida por Ronald Dworkin¹⁸⁵, vez que a interpretação dos compromissos constitucionais não seria um obstáculo para o desenvolvimento de interpretações inovadoras a serem realizadas pelas gerações futuras, possibilitando o seu desenvolvimento, com a garantia de um núcleo básico de compromissos que propiciam a manutenção de um governo democrático em constante desenvolvimento.

Neste sentido, importante aclarar que não ocorre usurpação de funções por parte do judiciário, e contrário ao posicionamento que haveria uma ameaça à tripartição de poderes, o judiciário cumpre seu papel ainda como fortalecedor da democracia e permanência dos valores democráticos na preservação da repartição de poderes.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Neste sentido é o voto do Ministro Lewandowski em julgamento de Mandado de Injunção nº 670¹⁸⁶, no qual discorre sobre o papel do judiciário em aplicar a constituição sem extrapolar suas funções nem adentrar em esfera do poder legislativo, devem superar uma visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, podem ser desempenhadas de forma compartilhada.

Percebe-se pelo voto do Ministro, a necessidade de se ter uma visão não estática da tripartição dos poderes, relevando ainda que o julgado não extrapola a competência ou legitimidade da Suprema Corte conferida pela Constituição Federal, pois permanece essencialmente, na preocupação em conceder-se plena efetividade às normas constitucionais.

Assim, percebe-se a ponderação como uma possibilidade de ocorrência de se exacerbar a dimensão política da jurisdição constitucional, tornando mais agudo os problemas concernentes à sua legitimidade quando não opera de forma clara dentro dos limites, sob pena de se converter num instrumento antidemocrático¹⁸⁷.

Neste sentido é a crítica de Habermas sobre a técnica de ponderação, de natureza paradigmática, focada sobretudo na práxis hermenêutica da Corte Constitucional alemã. Segundo Habermas, ao tratar normas constitucionais como valores e não como mandamentos, admitido sua ponderação no caso concreto, a jurisdição constitucional perde em segurança e em adesão à norma escrita, e a sua atividade passa assemelhar-se àquela do legislador, afastando-se do paradigma da separação de poderes.

Neste contexto, ao deixar conduzir pela ideia da realização de valores

¹⁸⁶ [...] a efetividade das normas constitucionais, em especial a “operatividade dos direitos fundamentais”, nas palavras de Ricardo Luís Lorenzetti, Presidente da Corte Suprema da Argentina¹⁸⁶, não sem razão, representa tema caro aos constitucionalistas estrangeiros e nacionais. Estes, de um modo geral, reconhecem que o mandado de injunção pode e deve consubstanciar instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, abrigado no art. 5o, § 1o, da Carta Magna. Para que isso ocorra, não há dúvida, é preciso superar uma visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, podem ser desempenhadas de forma compartilhada, sem que isso implique a superação da tese original de Montesquieu.

¹⁸⁷ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2000. p. 146

materiais, dados preliminares no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga metra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios de direito.¹⁸⁸

Diante das críticas à ponderação ou balanceamento apresentados, importante destacar a técnica de ponderação como um dos instrumentos disponíveis ao aplicador do direito, óbvio que sua aplicação não é capaz de solucionar questões jurídicas complexas dada sua suposta fragilidade metodológica, porém num ambiente volátil como a internet, onde fatos aparentemente análogos apresentam especificidades tão variadas, afastada sua possibilidade de êxito se utilizada exemplos abstratos, pode, por outro lado, ser útil no dirimir de casos concretos.

Quanto às críticas à técnica da ponderação, seja sob seu aspecto metodológico, ou ausência de certa coerência racional, a possibilidade da discussão pública, com a participação de variados setores da sociedade com diferentes perspectivas numa sociedade pluralista como a brasileira, traz na internet a possibilidade do cidadão atuar diretamente no processo deliberativo e talvez futuramente, interagir participativamente na atuação dos poderes executivo e judiciário, conferindo a legitimidade supostamente ausente na técnica de ponderação.

3.6 Técnica de ponderação

Uma vez identificado um real conflito ou colisão entre princípios, a que se reduz a maioria dos casos de tensão entre direitos fundamentais, montam-se escalas de prioridade condicionadas ao traçado do caso a ser dirimido. Já ocorre aí uma ponderação, a que se somarão outras mais, na construção de um sistema de prioridades *prima facie* (não definitivo, porque passível de retificação em casos concretos futuros, desde que se deduzam argumentos de mais densidade em

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre faticidade e validade**, Tradução de Flavio Beno Siebenneichler, vol I. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003. p 321

contrário).¹⁸⁹

A técnica de ponderação, mediante aplicação de suas formulas não fornece soluções inequívocas, porque não imuniza o processo deliberativo dos valores pessoais. Isso, contudo, não é razão bastante para se menosprezar tal método, mas descartadas as possibilidades de resolução mediante mera subsunção à norma, tem seu valor em nosso ordenamento.¹⁹⁰

O princípio de proporcionalidade assegura proteção aos direitos fundamentais, à medida que as intervenções sobre eles devem passar por escrutínio racional.¹⁹¹

O princípio da proporcionalidade não deve desnaturar-se em uma fórmula para impor preferências do julgador, devendo ser contido como meio para impedir o inadmissível.¹⁹²

Observando princípio da proporcionalidade, tem-se que a intervenção sobre o direito fundamental vença subtestes, que buscam aferir a racionalidade e validade do ato. O princípio da proporcionalidade, se desdobra no teste de adequação, pelo qual se examina se a medida de intervenção esta apta para atingir a finalidade a que se destina, no teste de necessidade, pelo qual se apura a existência de outro meio menos opressivo, capaz de render semelhante resultado, e no teste da proporcionalidade em sentido estrito. Este último se dá pelo sopesamento de vantagens e desvantagens tanto para o titular de direito afetado como para o beneficiado pela decisão. E neste teste que a teoria da ponderação encontra a sua sede adequada, já que consiste, exatamente, em aferir, num balanço de valores, os interesses e bens conflitantes.¹⁹³

Na colisão de dois princípios válidos, há duas ordens de otimização inconciliáveis entre si. A satisfação de um princípio depende da desestimação do outro. A realização de um se faz às custas de outro. Torna-se imprescindível apurar qual dos dois princípios tem maior peso para a solução de um problema. Está determinada, então a ponderação. A máxima da proporcionalidade em sentido

¹⁸⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 206

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² XYNOPOULOS, George. **Le contrôle de proportionnalité dans de contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre**. Paris: LGDJ, 1995

¹⁹³ Ibid.

estrito é o mandamento da ponderação.¹⁹⁴

O juízo de ponderação deve percorrer três etapas. Num primeiro momento, deve se apurar o grau de não satisfação de um dos princípios em confronto. Seria o mesmo que apurar a importância do princípio que sofre o prejuízo com a medida adotada. Essa magnitude do princípio referida como “peso” do princípio. Esse peso tem duas dimensões. A primeira abstrata, que tem a ver com a importância material do princípio no sistema constitucional, a segunda dimensão é concreta, pela qual se apura a relevância do princípio no caso concreto que se examina.¹⁹⁵

Robert Alexy dedicou-se a refinar a lei de ponderação, deduzindo uma *formula de peso* dos princípios contrastantes. A formula de peso está desenvolvida no Epílogo que acompanhou a edição em inglês da Teoria dos direitos fundamentais, sendo referida também em outros recentes artigos do autor, que parte de uma escala triádica dos pesos que podem atribuir tanto ao direito afetado como às razões para nele se operar a interferência, que podem ser leves, médias ou graves.¹⁹⁶

Na formula de Alexy, classifica-se como leve, médio ou grave o grau de não satisfação de um princípio, conforme a intensidade da intervenção sobre ele no caso concreto. Sua estrutura exige a exposição pormenorizada do raciocínio do julgador para resolver cada questão complexa. A decisão ganha em transparência, abrindo-se mais facilmente ao confronto crítico.¹⁹⁷

Segundo o Autor, embora os juízes não tenham legitimação direta, pois não foram eleitos nem controlados pelo povo, a ponderação aplicada é compatível com os ditames democráticos, na medida em que é considerado, também, como uma forma de representação do povo, vinculado ao modelos de democracia deliberativa, hoje fomentados pelos atributos da internet que facilitam a participação popular, que expressa um esforço de institucionalizar, tanto quanto possível, o discurso como meio para a tomada de decisões publicas. Além disso, na ponderação os argumentos do julgador devem estar conectados com o que as pessoas realmente

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo. 2006.p.94.

¹⁹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 180

¹⁹⁶ Ibid. p. 181

¹⁹⁷ Ibid.

pensam, para que se de a função de representação.¹⁹⁸

Para melhor ilustrar a aplicação da técnica de ponderação, no dirimir questões de colisão entre direitos fundamentais, mais especificamente entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, trazer exemplos da corte constitucional alemã sobre o assunto (*Grundrechtskollision*), que desde os anos 70 tem se revelado bastante fecunda, mesmo havendo expressa proibição de censura à imprensa, disposto na Lei Fundamental de Bonn (LF, art.5º, I)¹⁹⁹

Revela-se para tal, exemplo extraído da jurisprudência da corte constitucional alemã, o caso *Lebach*, de 5 de junho de 1973, conhecido como “o assassinato de soldados de *Lebach*” – *Der Soldatenmord von Lebach* – contra a divulgação de filme em televisão que relatava o ocorrido, sob a alegação de que, além de lesar direito de um dos envolvidos no caso, e sendo ainda citado nominalmente no filme, dificultava sua ressocialização.

O Tribunal estadual de Mainz, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido liminar para não exibição do filme, o que motivou interposição de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) sob alegação de ofensa à inviolabilidade da dignidade humana e 2º, I da Lei Fundamental, acerca de sua ressocialização, fora deferida medida liminar proibindo a divulgação do filme, se houvesse referência expressa ao nome do impetrante.²⁰⁰

Na ocorrência de colisão entre a liberdade de pensamento e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰⁰ Ibid.

das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.²⁰¹

Em um processo de ponderação para conflito de direitos individuais, não se pode atribuir preferência ou primazia absoluta a um princípio ou direito, ainda mais num ambiente novo com as particularidades da internet, onde outras variáveis influenciam e devem ser consideradas em cada caso.

Não é possível arbitrar um conflito de colisão entre direitos fundamentais de forma abstrata e dissociada das características do caso concreto.²⁰²

Para avançarmos no sopesamento quando se trata de conflitos entre princípios, para isso utilizaremos outra jurisprudência da corte constitucional alemã, que trata de um caso sobre a capacidade de um cidadão alemão para participar pessoalmente de audiência processual, que tratava-se da admissibilidade de um acusado que sofria o risco de sofrer um derrame cerebral ou infarto.

O tribunal alemão observou que existia uma relação de tensão entre o entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionais.²⁰³

A tensão entre os direitos fundamentais observadas no exemplo da corte constitucional alemã, repete-se na colisão entre a liberdade de expressão e direitos de personalidade, num ambiente internet, no qual os indivíduos além de terem contato direto e imediato por estarem permanentemente conectados, estes são ao mesmo tempo fornecedores, consumidores e multiplicadores de ideias e pensamentos, participando diretamente na formação de opinião .

O constante contato entre os indivíduos conectados em uma rede social, revela um ambiente propício a eventuais tensões entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, pois conteúdos podem ser postados replicados e multiplicados quase que imediatamente após sua publicação em rede, independente de sua origem, veracidade, ou possibilidade de repercussão.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa.** Revista de Direito Privado, São Paulo. 2004.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** Volume III, 2ª Edição,, São Paulo. 2008. P.89

²⁰³ Ibid.

A volatilidade e rapidez na propagação dos conteúdos e de abrangência e repercussões inimagináveis pelo emissor do conteúdo que possa ter caráter ofensivo, exige a necessidade de pensar na resolução dos conflitos entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, antes que possam ser ajuizados ou dirimidos pelo poder judiciário, a velocidade de repercussão de fatos na internet hoje possibilita apenas uma atuação *a posteriori* do judiciário para uma compensação pecuniária àquele que sofreu dano em seu direito de personalidade.

3.7 Ponderação de interesses na resolução de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet brasileira

O objetivo do sopesamento, no caso concreto, é verificar e atribuir um peso a cada direito fundamental, dentro das especificidades presentes no fato que se dirime. Percebe-se não uma precedência absoluta de um princípio em relação a outro, mas uma tensão presente entre dois princípios que mesmo em casos aparentemente análogos, podem ter resultados diferentes.

O mesmo ocorre quando existe a colisão entre os princípios de liberdade de expressão e direitos de personalidade num ambiente de condições tão variáveis como a internet, sendo necessário perceber quais aspectos devem ser destacados num sopesamento que busca a resolução de um conflito entre esses dois direitos fundamentais.

Assim, quando se fala em conteúdo de internet publicado, revela-se importante considerar suas repercussões, sobretudo num ambiente mais sensível e volátil na multiplicação desse conteúdo publicado.

Em análise de casos concretos, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.

Num ambiente de internet, devido suas características próprias, necessário elencar fatores e condições, que podem ser chamados de elementos de

sopesamento a serem considerados numa colisão ou tensão entre a liberdade de expressão e direitos de personalidade, sob os quais um princípio possa ter uma relativa precedência em relação a outro.

Diante de uma situação de tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade decorrente de alguma publicação em internet, importante identificar alguns elementos que possam ser úteis para determinar a precedência de um princípio em relação outro no caso concreto, sob os seguintes aspectos: Veracidade - origem do fato divulgada, suposição, fato comprovado ou não, Utilidade pública do conteúdo, que pode ser para alertar, informar, entreter ou divertir; Pessoa sobre qual conteúdo se publica, se envolve personalidade pública ou não, se refere-se à sua esfera pública ou privativa, conotação ou interesse político; Natureza do conteúdo: ineditismo, fato histórico, educativo, denúncia ou discriminatório; Aspecto temporal, lapso entre o fato ocorrido e sua publicação; Potencialidade da repercussão, reprovação, comentários ofensivos, incitação à violência.

Importante ainda considerar que num ambiente de internet, a possibilidade de rumores se disseminarem independente de serem verdadeiros ou fantasiosos, em detrimento ao esforço de proteger direitos de personalidade concomitante ao exercício da liberdade de expressão é a constatação que os rumores que produzem sentimentos fortes – repulsa, nojo, indignação – tem maior probabilidade de que mais gente o compartilhe.²⁰⁴

Justamente nas redes sociais na internet que os rumores tem ambiente ideal para sua propagação e multiplicação, o que confirma um clássico estudo dos anos quarenta realizado por psicólogos de Harvard, Gordon W. Allport e Leo Postman que perceberam que uma condição necessária para a circulação de rumores é que os individuais sucessíveis aos rumores devam estar em contato uns com os outros.²⁰⁵

Assim temos as redes sociais e seus utilizadores que, de acordo com suas crenças, tendem a ver grande possibilidade de veracidade em um rumor que as confirme, replicando-as e as passando em frente.

²⁰⁴ SUNSTEIN, Cass R. *On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done*, Tradução para o espanhol de Alfonso Barguñó Viana, Edição em formato digital, Barcelona, 2011.

²⁰⁵ Ibid.

Os danos causados por rumores independente de serem verdadeiros os falsos, revelam a existência de constante tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade num ambiente tão volátil e sensível como as redes sociais na internet, como percebido em caso ocorrido no Brasil em 05 de junho de 2014, quando a dona de casa Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos de idade, fora espancada até a morte por populares após circulação de boato em site de rede social, onde teria supostamente abusado de crianças em rituais de magia negra.²⁰⁶

Posteriormente, em averiguação junto aos administradores do site, constatou-se que tratava-se de retrato falado de alguém se assemelhava a Fabiane Maria de Jesus, porém sem qualquer ligação mais evidente com a vítima, o caso está em apuração sob inquérito policial, pois segundo a polícia, investiga-se a possibilidade dela ter sido confundida.²⁰⁷

Percebe-se pelas próprias características da internet, um conteúdo pode ser rapidamente compartilhado, sem que possa verificar sua procedência ou veracidade, revela um cuidado ainda maior quando se aborda direitos de personalidade e liberdade de expressão, cabendo ao legislador e judiciário não permitir que a internet seja um ambiente tão instável e volátil no que se refere a cumprimento e efetividade de direitos fundamentais garantidos em Constituição Federal.

No caso em comento, mesmo que o site tenha a liberdade de manifestar seu pensamento proporcionando ainda que informação útil chegue ao público que também tem o direito à informação, a natureza do conteúdo independente dos fatos terem um origem confiável, ainda inserida num grupo populacional de baixa instrução, culminou numa repercussão de atos de violência, atentando contra a vida de uma pessoa.

Retornando aos exemplos da jurisprudência alemã, no que se refere à colisão entre direitos fundamentais, tanto o caso *Lebach* como caso da incapacidade de um cidadão alemão participar pessoalmente de audiência processual, sendo que o mesmo corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou infarto, mostram como a internet traz novos contornos ao sopesamento, por sua velocidade e alcance.

²⁰⁶ Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: novembro 2014.

²⁰⁷ Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/policia-investiga-hipotese-de-mulher-espancada-ter-sido-confundida.html>. Acesso em: dezembro 2014.

O segundo exemplo dado da Corte constitucional alemã revela que o que importa é que os “interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação atividade estatal deve servir.”²⁰⁸

O tribunal alemão deparou-se numa relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado da na garantia de seus direitos também, assegurados pelo Estado.

No caso da decisão da corte alemão para o exemplo dado, o termo usado foi “situação de tensão” em vez de “colisão”, revelando quão sensível pode e deve ser esse sopesamento, podendo variar em funções das variáveis do caso concreto.²⁰⁹

Assim, as peculiaridades de cada caso da internet poderão determinar quais elementos devem ser considerados como essenciais para um sopesamento adequado, sobretudo quando se tem como um dos princípios colidentes os direito de expressão jornalística, quando além do direito de pensamento, existe o dever de informar.

Inicialmente deve-se averiguar quão recente e útil a informação transmitida ao público, sua relevância e repercussões na vida em sociedade, qual a possibilidade de preservar o direito de personalidade de terceiros sem descaracterizar ou contaminar o noticia veiculada.

Deve-se ter em conta a abrangência da rede e velocidade com que as notícias se disseminam, aliados a constante inovação da tecnologia que permite que hoje smartphones substituam os computadores, o que multiplica a velocidade na divulgação, acesso e compartilhamento de conteúdo.

Numa sociedade brasileira atual, passados 26 anos da produção legislativa dos dispositivos constitucionais, a sociedade que teve sua capacidade e velocidade de comunicação e interação potencializados com o desenvolvimento da internet, onde redes sociais permeiam todo território nacional nas diversas classes sociais, importante considerar a velocidade em que possam ocorrer danos

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo. 2006.p.94. BverfGE 51,324 (345)

²⁰⁹ Ibid.

irreparáveis numa veiculação de informações irresponsáveis em ambiente de internet.

Em determinadas ocasiões, não é possível identificar o emissor do conteúdo ofensivo, agentes restam acobertados pelo manto do anonimato, não sendo assim passível de evocação do direito de liberdade de expressão, a conduta do provedor de conteúdo, pode leva-lo a ser responsabilizado no caso de dano, porém o provedor de conteúdo tem o direito de expressão de pensamento constitucionalmente assegurado.

Observou-se pela análise dos últimos julgados do Superior Tribunal de Justiça, uma tendência à *Preferred position* ou *preferred rights*, que tem sua origem e no direito americano, sendo adotado pela Suprema Corte Americana, defende que a liberdade de expressão ocuparia uma posição de preferencia no ordenamento jurídico, e que em nome do direito à informação e sua importância na formação de uma opinião pública livre, que em casos excepcionais cederia sua preferencia aos direitos de personalidade.

Ainda no que refere à utilização da regra de sopesamento na solução de colisão entre conflito entre a liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet, cumpre observar que nosso sistema (*civil law*) carece de uma positivação que poderia auxiliar os aplicadores de direito.

A ponderação de interesses, sob a perspectiva de Edilson Pereira de Farias, revela-se como método que se encaixa melhor ao sistema *common law* do que ao nosso sistema brasileiro, *civil law*, vez que à objeção de que a “ponderação de bens” é um método mais apropriado ao sistema *common law*, em que o magistrado dispõe de um maior poder de discricionariedade do que no nosso sistema (*civil law*), no qual o juiz está mais vinculado à lei (o juiz é a voz da lei, conforme declarava o Código napoleônico), fato que poderia conduzir a uma insegurança jurídica; Alexy(1993) aduz que a ponderação é um processo racional, podendo serem fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência na ponderação. Essa fundamentação consiste na lei de ponderação:

“quanto maior o grau da não satisfação ou não afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.²¹⁰

Embora a técnica de ponderação de interesses ou sopesamento pareça se amoldar melhor ao sistema *common law*, a qual o magistrado dispõe de um maior poder de discricionariedade do que no nosso sistema, revela-se útil aos julgadores no dirimir questões que envolvam colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, vez que a internet e suas particularidades já abordadas nesse trabalho, traz novas e importante variáveis ao se comparar ao mesmo conflito desses direitos fundamentais já enfrentada por nossos tribunais em casos na mídia impressa, o que deve ser consideradas assim como seus efeitos na sociedade brasileira, hoje totalmente imersa nas redes sociais.

Como ensina Robert Alexy o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco, embora o sopesamento nem sempre determine um resultado de forma racional, isso é em alguns casos possível, e o conjunto desses casos é interessante o suficiente para justificar o sopesamento como método.²¹¹

4. ESTUDOS DE CASOS: ORKUT / GOOGLE X ALIANDRA E O LINCHAMENTO DE FABIANE MARIA DE JESUS

Nos capítulos anteriores revelaram-se os novos contornos da colisão/tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet e sua maior complexidade se comparado à mesma colisão na mídia impressa e televisiva antes do advento da internet, impende trazer à discussão a análise de dois casos que podem ilustrar os aspectos importantes a serem considerados.

Como primeiro exemplo temos o caso Aliandra X Google, hoje em discussão no Supremo Tribunal Federal que passa ser relatado a seguir, demonstrando como

²¹⁰ FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. p 121.

²¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo. 2006.

a técnica de ponderação de interesses pode ser adequadamente utilizada em situação de tensão entre os princípios constitucionais de liberdade de expressão e direitos de personalidade, considerando as especificidades da internet.

Apesar de bastante fecunda a corte constitucional alemã para exemplificar como a ponderação pode ser utilizada no conflito entre direitos fundamentais, importante utilizar casos inseridos numa realidade cultural e social brasileira, que apesar da pluralidade que se apresenta, revela-se homoganeamente mais tolerante do que a sociedade e cultura alemã, da qual fora utilizados os exemplos da corte constitucional alemã.

A bom humor brasileiro e tolerância conhecidos não impedem que algumas brincadeiras de mau gosto, mediante publicações de conteúdo na internet possam agredir diretamente à honra e imagem de um cidadão que sofre as danosas repercussões de tal conduta.

Ao se analisar o primeiro caso de repercussão geral, que tramita sob o nº ARE 660861, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que analisa a reponsabilidade de provedor de conteúdo que exerce sua liberdade de expressão ao manter conteúdo publicado em rede que colide com direitos de personalidade de uma professora de Minas Gerais.

Trata-se de ação da tendo como autora a professora Aliandra Cleide Vieira, professora em Minas Gerais, em desfavor da empresa Google, referente à comunidade no Orkut, que continha como título: “Eu odeio a Aliandra”.

A ofendida ajuizou em janeiro de 2010 contra a Google por hospedar e permitir a referida comunidade, mediante criação de perfil falso por usuário não identificado.

A Autora foi vitoriosa em sentença de primeiro grau que tramitou no Juizado Especial Cível de Belo Horizonte, sob o nº 9002893.47.2010.813.0024 , que condenou a empresa Google a excluir, em dois dias, do seu site de relacionamento a comunidade denominada “Eu odeio a Aliandra”, e para condená-la a pagar à autora a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral.

Independentemente de se indagar a responsabilidade da empresa Google no que tange ao controle destas manifestações por meio do serviço que presta aos usuários, tem-se que ela omitiu-se ao não atender ao pedido formulado pela autora

quanto à exclusão, de seu domínio, da comunidade criada com o fim último de ridicularizá-la.

Inconformada com a decisão a empresa Google, mediante recurso inominado para turma recursal, recorreu da referida sentença, porém teve seu recurso improvido em acórdão que considerou que a conduta da recorrente foi capaz de causar constrangimentos à recorrida, causando danos à sua imagem e gerando reflexos até mesmo em seu ambiente de trabalho, como narrado pela ofendida.

Novamente inconformada, a empresa Google, interpõe Recurso Extraordinário, este liminarmente negado seguimento e mediante Agravo em Recurso Extraordinário - ARE de nº 660861 a questão chega finalmente o Supremo Tribunal de Justiça na relatoria do Ministro Fux, reconhecida como caso de repercussão geral.

Este é o primeiro caso no Supremo Tribunal Federal sobre responsabilidade de servidor de internet que é recebido como caso de repercussão geral, o qual aguarda julgamento, como se observa em manifestação do relator em anexo deste trabalho.²¹²

A Google qualificada como o servidor de conteúdo, mesmo não identificando o usuário que teria criado a comunidade com conteúdo ofensivo, permitiu e manteve as informações *on line* que, segundo o provedor faz uso de sua liberdade de expressão ao manter conteúdo publicado, apesar de professora Aliandra, autora da demanda, julgar seu conteúdo ofensivo com danosas consequências à sua vida cotidiana.

O caso retrata fielmente uma autêntica colisão entre liberdade de expressão de um lado, por parte do provedor de conteúdo e de outro, os direitos de personalidade da professora Aliandra, fica assim configurado a colisão de direitos fundamentais, de um lado a liberdade de expressão e comunicação e de outro direitos de personalidade ofendidos.

De acordo com parecer da Procuradoria Geral da República, não existe responsabilidade objetiva, acompanhando o entendimento que tem prevalecido no

²¹² ARE nº 660861, de relatoria do Ministro Luiz Fux, relatório em sua íntegra em anexo ao trabalho.

Superior Tribunal de Justiça até os dias atuais, porém no presente caso, foi em primeiro grau observada a culpa do provedor de conteúdo e resta patente a colisão entre os direitos fundamentais em tela, direito de expressão do site e direitos de personalidade da Recorrida.

A empresa não poderia minimizar a importância da publicação, não autorizada, de fotografia da recorrida e de comentários satíricos e ofensivos sobre o seu modo de ser, o que resultou em flagrante lesão a direitos de personalidade, e não configurada prejuízo à liberdade de expressão ou imposição de censura prévia, como aponta parecer da Procuradoria Geral da República, em sua íntegra como anexo ao presente trabalho.

Estando presente a colisão de direitos fundamentais, de um lado o direito de liberdade de expressão do site e de outro os direitos de personalidade da professora, que sentiu-se ofendida pelo perfil falso criado em seu nome, cabe portanto, aguardar o julgamento, o que deve ser no sentido de acolher o parecer da Procuradoria Geral da República.

O outro evento a ser utilizado para o presente estudo, apesar de não ter sido ajuizado, revela quão adequado pode ser a técnica de ponderação de interesses na solução para colisão de direitos fundamentais, trata-se do ocorrido em 05 de junho de 2014, quando a dona de casa Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos de idade, fora espancada até a morte por populares após circulação de boato em site de rede social, onde teria supostamente abusado de crianças em rituais de magia negra.²¹³

Posteriormente, em averiguação junto aos administradores do site, constatou-se que tratava-se de retrato falado de alguém se assemelhava a Fabiane Maria de Jesus, porém sem qualquer ligação com a vítima, o caso está em apuração sob inquérito policial, pois segundo a polícia, investiga-se a possibilidade dela ter sido confundida.²¹⁴

Esta ocorrência demonstra quão danosa pode ser a repercussão de um conteúdo difamatório na internet, trazendo consequências fatais e irreversíveis, culminando no linchamento e morte da dona de casa Fabiane Maria de Jesus.

²¹³ Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: novembro 2014.

²¹⁴ Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/policia-investiga-hipotese-de-mulher-espancada-ter-sido-confundida.html>. Acesso em: dezembro 2014.

Independente de serem verdadeiros ou fantasiosos, percebe-se que os rumores que produzem sentimentos fortes aumentam a probabilidade de que mais gente o compartilhe.²¹⁵

No caso relatado, o dano não se manteve em ambiente virtual, mas passou ao mundo “físico”, com o agrupamento de populares imbuídos de fazer justiça com as próprias mãos, que covardemente mediante agressões físicas, feriram a dona de casa que não suportou as agressões, chegando sem vida ao hospital.

Neste ponto, importante identificar os diferentes pesos dados a utilidade pública dos conteúdos, referente ao caso da comunidade criada no Orkut “Eu odeio a Aliandra”, e o caso do linchamento da senhora Fabiane Maria de Jesus, injustamente acusada de abusar sexualmente de crianças.

Percebe-se nestes dois casos concretos, o claro extrapolar da liberdade de expressão daqueles que veicularam ou permitiram a permanência *on line* de conteúdo ofensivo, capazes de gerar danos às pessoas nesses conteúdos identificadas.

Os dois exemplos se distanciam quanto à utilidade pública dos referidos conteúdos, a criação de comunidade em repulsa a uma profissional da educação no caso da professora Aliandra, no máximo chamaria a atenção de algumas mães, que poderiam ficar curiosas pelo motivo que tal comunidade pudesse ter sido criada por algum aluno desta professora publicamente injuriada; porém, a divulgação de um suposto crime cometido por mulher de uma certa comunidade, ainda mais contra crianças, promoveria uma reação bem mais contundente nas mães dessa comunidade.

Outro elemento observado na técnica de ponderação para a resolução de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, refere-se a veracidade do conteúdo, percebe-se que ambos não se revelavam verdadeiros, mas independente de uma possível constatação por aquele que recebe ou replica o conteúdo, apesar de aproximar os exemplos utilizados, o segundo teve uma divulgação bem mais expressiva, dado seu conteúdo repulsivo, gerando ainda consequências mais danosas do que no caso da professora.

²¹⁵ SUNSTEIN, Cass. R. **On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done**, Tradução para o espanhol de Alfonso Barguñó Viana, Edição em formato digital, Barcelona, 2011.

Importante ainda destacar que os dois exemplos pertencem a diferentes plataformas de acesso, a primeira sob uma rede social, hoje já desativada por seu provedor desde setembro de 2014²¹⁶, onde era necessário que os usuários tivessem acesso ao Orkut para compartilhar o conteúdo ofensivo à professora Aliandra, o segundo ocorreu em publicação realizada em Blog de fácil e geral acesso, independente do usuário pertencer a um rede social de delimitada acesso e interação.

Apesar da publicação de um suposto retrato falado de pessoa que se assemelhava a dona de casa que fora linchada até a morte ter sido fora de uma rede social, o blog foi acessado por integrantes e não integrantes de redes sociais, tendo uma repercussão ainda mais abrangente, primeiro por ter conteúdo repulsivo e condenado pela sociedade e outra por se apresentar em ambiente de fácil acesso, bastando ser buscado em qualquer site de busca.

Os casos utilizados podem ilustrar os novos contornos da colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade quando ocorrido em meios digitais, diferindo daqueles que já se passaram na mídia impressa ou televisiva.

A convergência dos meios de comunicação em um único dispositivo portátil e a velocidade e facilidade de disseminação de conteúdos, revelam a internet e as redes sociais como ambiente bem mais sensível, com possibilidade de repercussão jamais imaginada por aquele que insere conteúdos ofensivos na rede.

Os casos utilizados, um a ser dirimido pelo judiciário, e outro que, não obstante não tenha sido ajuizado, já tenha provocado irreversíveis danos à ofendida, o que poderia ter sido evitado se ao menos houvessem critérios mais definidos de publicação de conteúdo, não exclusivamente realizado apenas pelos provedores de internet, revelam a carência e fragilidade do meio e ausência de regramentos que possam auxiliar numa utilização mais humana e atenta à proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

²¹⁶ Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/google-anuncia-fim-do-orkut-primeira-rede-social-dos-brasileiros/> Acesso em: dezembro 2014.

A empresa Google anunciou por meio de seu blog oficial, que vai desativar o Orkut no dia 30 de setembro de 2014. Os usuários da rede social - brasileiros, em maioria - poderiam exportar dados do perfil, comunidades e fotos com o uso da ferramenta Google Takeout até setembro de 2016. A partir do comunicado o Orkut deixa de aceitar o cadastro de novos usuários.

O direcionamento dado pela publicação do Marco Civil da Internet, com seu nítido enfoque aos direitos humanos e defesa dos direitos fundamentais, além de acompanhar a tendência da legislação global referente a governança de internet, reforçam os comandos constitucionais destinados à proteção dos direitos fundamentais.

Porém, o Marco Civil da Internet, mesmo com considerável atraso e apesar de suprir parte da carência legislativa referente à alguns aspectos do uso da internet no Brasil, não trouxe muitas inovações no que tange à proteção dos direitos fundamentais do cidadão, mas abre caminho para futuras produções legislativas que a complementem e a regulamentem, pois restam arestas a serem dirimidas, como por exemplo auxiliar na solução de conflitos entre direitos fundamentais de liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Evidente que tal colisão não fora introduzida em cenário nacional com o advento da internet, mas a internet potencializou o numero de ocorrências, e por causa de suas especificidades, que além de exigir maior celeridade do judiciário na solução desses conflitos, releva a técnica de sopesamento ou ponderação, já utilizada em conflitos dessa natureza antes do advento da Internet, como uma das possibilidade mais adequadas, vez que a internet trouxe ainda mais elementos a interferirem e necessariamente considerados na ponderação de interesses.

Mesmo com as críticas conhecidas à técnica de ponderação, até que não exista legislação específica que particularize as ocorrências em internet, retirando parte de responsabilidade ao judiciário, caberá ao Supremo Tribunal Federal, eterno guardião da Constituição, resguardar o respeito aos direitos fundamentais e melhor interpretar no dirimir nas ocorrências de fatos concretos onde estará presente a colisão/tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade.

CONSIDERAÇÕES

Com as novidades trazidas pela Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet, a pesquisa almejou compreender, no âmbito da categoria tensão/colisão, as relações entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade a partir do contexto trazido pelo regramento feito na referida lei. Buscou-se fazer um esforço para compreender em que medida tais tensões são estabelecidas e enfrentadas no âmbito da jurisprudência e doutrina pátrias, já que o assunto é relativamente recente em termos de regulação.

Tal empreitada foi realizada em quatro capítulos. No primeiro capítulo, foi feita uma tessitura em torno da contextualização da internet no cenário internacional, apresentando-se as implicações do desenvolvimento da rede, bem como se refletindo sobre a necessidade de regulação. Para tanto, foram trabalhadas algumas categorias, tais como, auto governança e governança transnacional de internet, bem como as relações entre democracia, liberdade da internet e generatividade da internet, adotando-se, entre outros autores, Lawrence Solum, Barlow, Jonathan Zittrain e David Post.

O segundo capítulo lidou com a normatização do tema, expondo as bases do que posteriormente se materializou na Lei 12.965/2014. Foi exposta uma cronologia sobre a legislação de internet no Brasil, observando-se a carência de normatizações adequadas ao tema, bem como se clarificando o papel da precursora Lei nº 12.737/12, conhecida como Lei Carolina Dieckmann. A seguir foi pontuado o Marco Civil da Internet, consubstanciado na Lei nº 12.965/2014, expondo-se os avanços trazidos antes mesmo de sua vigência, dada a possibilidade inédita do cidadão participar diretamente do processo legislativo, visto como utópico por Rousseau e uma esperança de uma possibilidade de ocorrência no futuro segundo Bobbio – autêntico instrumento democrático – ou, como garantidor dos direitos fundamentais. O suporte do argumento tanto foi elaborado a partir dos autores anteriormente citados, como, também, com arrimo no que a recente jurisprudência expõe sobre o tema, uma vez que a legislação é recente no cenário nacional.

A finalização do segundo capítulo demarcou a transição para o terceiro, que enfrentou a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, ambos

contextualizados a partir de sua inserção no âmbito da internet, em um necessário recorte em contraponto ao observado em julgados do Superior Tribunal de Justiça nos últimos dez anos, ao tratar a colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, uma tendência de privilegiar a precedência à liberdade de expressão, porém a especificidade do meio virtual trouxe uma necessária reflexão sobre eventuais distinções, tensões e colisões entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet se comparada às colisões entre estes direitos fundamentais em mídia impressa e televisiva. Ao final de tal capítulo adveio como decorrência da construção do argumento, o construto colisão/tensão entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, utilizando-se, para tanto, algumas abordagens, tais como de Paulo Gonet, Gilmar Mendes, Jairo Schäfer, Ulrich Karpen, Rodrigo Bornholdt, Hanna Arendt e Robert Alexy, estes últimos alinhando o cenário para o enfrentamento da colisão/tensão mediante a técnica de ponderação que se mostra adequada na solução na colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade na internet, explicitada no quarto e último capítulo aplicados ao estudo de dois casos, fazendo um contraponto em relação aos diferentes elementos a serem considerados em cada caso e como mesmos elementos podem ter pesos diferentes de acordo com as especificidades de cada caso.

As inovações trazidas pelo Marco Civil da Internet, com seu nítido enfoque aos direitos humanos e defesa dos direitos fundamentais, além de acompanhar a tendência da legislação global referente a governança de internet, coadunando com as propostas do WGIGI, no sentido de preservar as características generativas da internet e ao mesmo tempo resguardar a proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais, reforçam os comandos constitucionais já existentes e aperfeiçoados através das Constituições brasileiras, destinados à proteção dos direitos fundamentais.

O Marco Civil da Internet, mesmo com considerável atraso e apesar de suprir parte da carência legislativa referente à alguns aspectos do uso da internet no Brasil, não trouxe muitas inovações no que tange à proteção dos direitos fundamentais do cidadão, mas abre caminho para futuras produções legislativas que a complementem e a regulamentem, pois restam arestas a serem dirimidas,

como por exemplo auxiliar na solução de conflitos entre direitos fundamentais de liberdade de expressão e direitos de personalidade.

Mesmo com as críticas conhecidas à técnica de ponderação, até que não exista legislação específica que particularize as ocorrências em internet, retirando parte de responsabilidade ao judiciário, caberá ao Supremo Tribunal Federal, eterno guardião da Constituição, resguardar o respeito aos direitos fundamentais e melhor interpretar dos dispositivos legais existentes no dirimir nas ocorrências de fatos concretos onde estará presente a colisão/tensão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade.

A metodologia utilizada consistiu em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sem deixar de mencionar o acesso virtual a artigos e relatórios semestrais de provedores de conteúdos relacionados ao tema, alinhavados pelo método dedutivo, uma vez que se partiu do impacto genérico do fomento às relações no âmbito virtual, para se chegar à regulação pontual por via legal. Em alguns momentos da trajetória da pesquisa, o método dialético foi utilizado, já que o tema lidou com o binômio tensão/colisão, interação que, por sua natureza, pressupõe polarizações e equacionamentos.

Por intermédio da pesquisa se esperou apresentar considerações relevantes para melhor municiar a comunidade acadêmica e profissional de elementos para reflexão sobre o tema, com fito a se buscarem soluções jurídicas cada vez mais adequadas às peculiaridades dos meios de informação disponíveis à sociedade moderna, que pelos avanços tecnológicos confirmam sua tendência da convergência do jornal, revista, televisão, internet, e-mail e telefonia num único dispositivo facilmente portátil proporcionando ao cidadão consumir, produzir e multiplicar conteúdo de informação ao alcance de todos, proporcionando ainda ao cidadão brasileiro uma maior participação no processo legislativo, exercendo sua cidadania efetivamente participativa, modalidade tida antes como utópica nas democracias modernas antes do surgimento da internet, que se revela na sociedade brasileira, mesmo que de forma embrionária, como instrumento de aperfeiçoamento da democracia.

As especificidades presentes nos casos de colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, contribuem no sentido de se repensar as técnicas de resolução de conflito entre princípios e entre direitos fundamentais,

revelando ainda, no caso da utilização da ponderação, que contribui para conferir um certa legitimidade à técnica de ponderação, vez que a possibilidade do cidadão participar de forma deliberativa na produção legislativa, de certa forma trazer à técnica de ponderação a legitimidade metodológica e racionalidade que lhe faltava, hoje possível graças ao avanço tecnológico que permite ao cidadão uma efetiva participação democrática, antes limitada em sua forma representativa ou participativa, consideravelmente limitada em nosso sistema legal.

Mostra-se necessário repensar as técnicas de resolução de conflitos, considerando os avanços tecnológicos e a possibilidade de efetiva participação do cidadão no processo legislativo o que pode ser chamada de democracia deliberativa. Importante começarmos a questionar a possibilidade do cidadão além de ser representado por seus mandatários que atuam nas casas legislativas, que além de poder participar deliberativamente no processo legislativo mediante a disponibilização de plataformas na internet criadas para tal realização, possa ainda de alguma forma participar e deliberar em eventos nos quais a atuação do Estado é necessária para se evitar a ocorrência de males maiores e irreversíveis, como em casos de conflitos entre liberdade de expressão e direitos de personalidades, mesmo que não ajuizados pela sua velocidade e fluidez no meio da internet.

Apesar do relativo desenvolvimento tecnológico em que vivemos, que permite a ativa participação do cidadão em questões que afetam toda a coletividade, importante, mesmo que de forma utópica, pensar em modelos de participação do cidadão, que possam evitar que casos como o linchamento da Dona de casa por um falso boato na internet, possa se repetir no futuro, um futuro modelo de forma de resolução de conflitos na rede, conflitos entre liberdade de expressão e direitos de personalidade, conferindo ainda uma maior legitimidade à técnica de ponderação, vez que é criticada por alguns estudiosos, em seus aspectos metodológicos pela sua suposta ausência de uma metodologia pautada pela racionalidade, confundida como autênticos casos de decisionismo.

Mesmo que seja utópico imaginar instrumentos que possam alcançar a velocidade das repercussões de fatos ocorridos na internet, pela sua fluidez e ausência de obediências a fronteiras físicas, importante criar condições de uma mais efetiva participação do cidadão em meios digitais, vez que em anos atrás percebia-se como utópica a possibilidade de ser reunir uma sociedade ou grandes

grupos numa enorme arena para que pudesse se discutir ou deliberar sobre determinado tema.

Essa grande arena de discussão política talvez já exista - a Internet - chamada por Zigmund Bauman como “grande arena”, e com a gradativa a inclusão digital do cidadão brasileiro na rede, sendo um direito a ser garantido pelo Estado, com possibilidade de ser cobrado do poder público. Tudo isso converge na esperança do professor Norberto Bobbio, que de certa forma, foi capaz de vislumbrar mesmo forma utópica, a possibilidade do cidadão participar de forma mais direta, ativa e deliberativamente do processo democrático, fenômeno que vem acontecendo gradativamente na internet.

Assim, apesar o judiciário ainda fazer uso dos mesmos critérios utilizados para dirimir conflitos entre liberdade de expressão e direitos de personalidades em publicações na mídia anteriores ao evento da internet ou da edição do Marco Cível da Internet, conclui-se que a internet, com a sua arquitetura que privilegia a velocidade e alcance dos conteúdos, altera os critérios na colisão de liberdade de expressão e direitos personalidades trazendo novos fatores a serem considerados, antes não presentes na mídia impressa e televisiva.

As especificidades dos conflitos entre liberdade de expressa e direitos de personalidade revelam que a legislação atual assim como os instrumento capazes de dirimir tais conflitos revelam-se incapazes de impedir danos, as vezes irreversíveis, ao direitos de personalidades do cidadão, dada a velocidade e alcance das informações veiculadas na rede e a facilidade de multiplicação deste conteúdo vez que seus usuários estão em constante contato, independente de suas localizações físicas.

Tal peculiaridade, além de fomentar novos questionamentos no que tange às técnicas de resolução de conflitos ente direitos fundamentais, fomenta a criação de novos instrumento, jurídicos e/ou tecnológicos, que possam contribuir para a maior participação do cidadão em meios digitais, no sentido que este cidadão possa ser útil para a realização de direitos fundamentais, que o cidadão, mediante sua inclusão digital em plataformas tecnológicas cada vez mais diversificadas e interativas, possa participar mais ativamente desde a criação de leis, como na possibilidade de ser um guardião da democracia com o devido respeito aos seus direitos fundamentais.

Para isso, importante que a produção legislativa no que concerne ao ambiente de internet em nosso país, em sua regulamentação de uso ou regras de convívio, possam manter as características que possibilitaram a internet ser o fenômeno como hoje se apresenta para a humanidade, generativa, com ampla liberdade e a criatividade, que estes dos aspectos estejam presentes não só nas arquiteturas de rede abertas e inovadoras, mas presentes na mente daqueles que contribuem para o desenvolvimento da sociedade, seja atuando no Poder Legislativo, Executivo, Judiciário ou simplesmente um cidadão comum, cada vez mais presente e atuante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns Parâmetros Normativos para ponderação Constitucional**. In. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e relações provadas. LUIS ROBERTO BARROSO (Org.) 3ªEd. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of Independence of Cyberspace**. Davos, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação, Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa**. Revista de Direito Privado, São Paulo. 2004.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Volume III, 2ª Edição, São Paulo. 2008.

BAUMAN, Zygmunt – **Danos Colaterais: Desigualdades sociais numa era global**. trad. Carlos Alberto Medeiros. Ed. Zahar, Ed. Rio de Janeiro, 2012.Ed. digital

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade. Estudos sobre a humanidade** . SP

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia** – 8ª edição – Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.

_____. **Qual o Socialismo**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2002.

BORNHOLDT, Rodrigo Mayer. **Liberdade de Expressão o e Direito à Honra, Uma nova abordagem no Direito Brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Agravo regimental no AREsp 305.681/RJ**, 04 de setembro de 2014.

BRASIL. **Agravo de instrumento nº 20140020166695**, 4ª Turma Cível, Brasília, DF, 24 de setembro de 2014.

BRASIL. **Agravo de instrumento nº 2014002022611**, 9ª Turma Cível, Brasília, DF, 12 de novembro de 2014.

BRASIL. **Apelação Cível nº0018308-22.2013.8.26.0037**. Araraquara –SP.2013.

BRASIL. **Apelação nº 20130111215178**, 5ª Turma Cível, Brasília, DF, 13 de outubro de 2014.

BRASIL. **Apelação nº20040111151542**. 4ª Turma Cível, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005.

BRASIL. **Constituição Federal**.1988

BRASIL. **Lei 10.406 de 2002**. Código Civil Brasileiro

BRASIL. **Lei 12.965 de 2014. Lei Marco Civil da Internet**. 2014, art. 14.

BRASIL. **Lei 8.078 de 1990**. Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. **Lei nº 12.737.2012**

BRASIL. **Parecer da Procuradoria Geral da Republica em ARE 660861 RE**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764 – SP

CANOTILHO, **Direito constitucional**, Ed. Almedina. São Paulo. 2003

CASCIO J. **The Rise of the Participatory Panoptic on**. Stanford. 2005

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. revisada e ampliada São Paulo: Atlas, 2010.

CORREA DE OLIVEIRA, Jose Lamartine. **O Estado de Direito e os direitos de personalidade**. Revista dos Tribunais a. 69, fev. 1980.

CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores**. Granada: Comares, 2005

ENGISCH Karl. **Introdução ao pensamento Jurídico**. 6ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

FERREIRA Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação**: Direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo, C. Bastos, 1997.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**- 18º Edição - São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad.: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **Discipline and punish**. London: Penguin, 1977

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v.4 – São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen - **DIREITO E DEMOCRACIA**, Entre facticidade e validade, Volume I, trad. Flavio Beno Siebenichler –UGF,Ed. Tempo Brasileiro, Rio de janeiro 1997.

HAYEK. F.A. – **Direito, Legislação e Liberdade, Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**, Volume II, A Miragem da Justiça Social, tradução de Henry Maksoud. Ed. Visão 1985.

HOLMES, Stephen. **Precommitment and the paradox of democracy**. in Elster e Slagstad (eds.) Constitutionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

JOHNSON, David R.;POST David R. **The Rise of Law in Cyberspace**,48 Stan. L. Rev. 1367. 1996

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução Vera Barkow - São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direito humanos: um dialogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo Cia das Letras, 1991.

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

LESSIG, Lawrence. **What Cyberlaw Might Teach**, 113 Harvard. L. Rev.501.1999

_____ **Code and Other Laws of Cyberspace**. Harvard. 2000.

_____ **Code v2**. Harvard. 2006

_____ **The Future of Ideas**, Harvard. 2001.

_____ **Code and Other Laws of Cyberspace**. Harvard. 2000.

_____ **Cultura Livre. Creative Commons.** Harvard. 2004.

_____ **Networks and States: The Global Politics of Internet Governance,** Harvard. 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006,

LUNO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estados de Derecho y Constitución.** Madrid, Tecnos, 1995

MENDES, Gilmar Ferreira, **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito aa honra e aa imagem.** In: Revista de Informação Legislativa. 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Código Penal Interpretado.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem.** IN Revista dos Tribunais. São Paulo, RT ano 61 nº 443, set de 1972.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique,** Presses Universitaires de France, 1996.

PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. **Las generaciones de derechos humanos.** Colmares. Granada. 2004.

PÍCOLO, Guilherme Gouveia. **Direito de Livre Expressão vs Direito à honra, vida privada e intimidade**. AD Litteras et Verba. Sao Paulo. 2014.

POST, David. **Governing Cyberspace: Law**. 24 Santa Clara Computer & High Tech L.J.2008

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do Contrato Social ou Princípios dos Direito Políticos**. Tradução Lourdes Santos Machado- São Paulo: Ed. Abril, 1973.

RUSTAD, Michael L. – **Internet Law in a Nutshell**, Ed. West, Suffolk University Law School .2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância. Marco Civil da Internet**. Ed. Atlas. São Paulo, 2014.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2000.

SCAMBINI. Pe. José. **Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras**. Vozes. São Paulo. 1978.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: Proteções e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do advogado,2001

_____, **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2ª edição, Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2013.

SOLUM, Lawrence. **Models of Internet Governance**. Oxford Scholarship Online. 2009

SILVA, Jose Afonso da - **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional..** São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass. **On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done**, Tradução para o espanhol de Alfonso Barguñó Viana, Edição em formato digital, Barcelona, 2011.

WINGERT, L. **Gemeinsinn und Moral**. Frankfurt aM., 1993.

XYNOPOULOS, George. **Le contrôle de proportionnalité dans de contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre**. Paris: LGDJ, 1995

ZITTRAIN Jonathan **The future of the Internet and how to Stop it**, R.R. Donnelley, Harrisonburg. Virginia 2009.

<http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1570810,00.html>

<http://creativecommons.org/about>

<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,video-de-cicarelli-faz-tj-pedir-retirada-do-youtube-do-ar,20070103p1772>

<http://culturadigital.br/marcocivil/>

<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>

<http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/policia-investiga-hipotese-de-mulher-espancada-ter-sido-confundida.html>

<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/entidades-denunciam-violacao-de-privacidade-em-novo-texto-do-marco-civil-da-internet-11562098>

<http://time.com/3614128/person-of-the-year-covers/>

<http://www.amcham.com.br/impactos-legislativos-e-juridicos/noticias/projeto-do-marco-civil-da-internet-nao-inova-e-apresenta-alguns-retrocessos-dizem-especialistas>

<http://www.bbc.com/news/technology-28583669>

<http://www.census.gov/#> acesso em 01 de dezembro de 2014

<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/T/TakeDownNotice.aspx>

<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,barreto-defende-criacao-de-constituicao-da-internet,551257>

<http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/BR/>

<http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/countries/?p=2013-06>

<http://www.google.com/transparencyreport/traffic/?hl=pt-BR#expand=IQ>

<http://www.internetworldstats.com/>

<http://www.intgovforum.org/cms/>

<http://www.nytimes.com/1996/06/13/us/judges-turn-back-law-to-regulate-internet-decency.html>

<http://www.opennetinitiative.net/studies>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm

<http://www.theguardian.com/books/2014/feb/20/wikipedia-1000-volume-print-edition-crowdfunding>

<http://www.theguardian.com/world/2014/jul/18/-sp-edward-snowden-nsa-whistleblower-interview-transcript>

<http://www.transparencynow.com/turkle.htm>

<http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2005/10anosdeinternet/>

<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa>

<https://www.netmundial.org>

ANEXOS

Sentença de mérito proferida pelo juizado especial cível de Belo Horizonte em processo de nº 9002893.47.2010.813.0024 - Aliandra X Google.

Dispensado o relatório, fundamento e decido.

Pretende a autora a condenação da ré a excluir do Orkut a comunidade denominada “Eu odeio a aliandra” e, ainda, a pagar indenização pelos danos morais sofridos.

Anoto que dispensável faz-se a colheita da prova oral pretendida, eis que nos autos encontram-se elementos suficientes para se aquilatar sobre o desate a ser dado à questão controvertida. Além do mais, observa-se que esta não diz respeito à matéria de fato, sendo, assim, de todo dispensável a produção de prova oral em audiência.

A preliminar de ilegitimidade de parte não merece agasalho.

A pertinência subjetiva da ação está atendida na medida em que a autora imputa à ré a responsabilidade pela veiculação de informações ofensivas a sua imagem e honra através do site de relacionamento administrado e gerido por ela e que, por isso mesmo, tem, inclusive, condições de fazer cessar estas ofensas, retirando de circulação o conteúdo ofensivo.

Vê-se, pois, que demonstrado esta, no plano abstrato, que há lide entre as partes, haja vista que a ré não se dispôs a se sujeitar à pretensão agitada na exordial.

Portanto, deve ser examinado o mérito para se aquilatar sobre a responsabilidade da ré, mormente porque o conteúdo dos argumentos que

sustentam a alegação de ilegitimidade passiva confunde-se com a própria questão de fundo.

Examinado o mérito, tenho que razão assiste à autora.

Observa-se dos documentos colacionados aos autos e devido à ausência de defesa especificada neste sentido que, de fato, vêm sendo veiculadas, na rede de relacionamento denominada ORKUT, a qual é promovida pela ré, informações ofensivas à honra da autora, as quais versam depreciativamente sobre o seu sujeito de ser. Também foi violado o seu direito à imagem, já que foi postada uma foto da autora e, segundo ela, não houve nenhuma autorização de sua parte para tal divulgação.

É cediço que o Orkut é serviço fornecido pela ré, tratando-se de uma rede que busca promover o relacionamento de pessoas, as quais podem trocar entre si os mais diversos tipos de informações. Para possibilitar este serviço, a ré, como provedor de serviço de internet, hospeda as páginas dos usuários, possibilitando a estes a participação em comunidades dentro do site, cujos membros podem compartilhar suas preferências e afinidades.

No caso em apreço, verifico haver responsabilidade da ré pelas informações trocadas por seus usuários por meio da comunidade denominada “Eu odeio a aliandra”. Através dela, usuários do serviço expressaram opiniões sobre a pessoa e o seu modo de ser da autora, fazendo-o de forma depreciativa, tratando-se de comentários com o fim último de ridicularizá-la entre os estudantes que fazem parte de tal comunidade e que convivem no mesmo meio social que a autora, ou seja, o ambiente escolar em que ela trabalha.

Independentemente de se indagar a responsabilidade da ré no que tange ao controle destas manifestações por meio do serviço que presta aos usuários, tem-se que ela omitiu-se ao não atender ao pedido formulado pela autora quanto à exclusão, de seu domínio, da comunidade criada com o fim último de ridicularizá-la.

Note-se que, em 5 de janeiro de 2010, a ré reportou-se à autora, através de uma missiva, negando-se a providenciar a retirada da comunidade “Eu odeio a aliandra” de seu site de relacionamento, afirmando que o conteúdo da comunidade não violaria de “forma clara as leis do mundo real” ou infringiria “as nossas políticas. No entanto, equivocou-se a ré, o que desnuda a sua responsabilidade, eis que se omitiu em praticar conduta que impediria o uso da

imagem da autora de forma não autorizada por ela, e mais, impediria que ela continuasse a ser ridicularizada na comunidade escolar, especialmente, dentre o corpo discente.

Assim, caracterizada está a responsabilidade da ré por sua omissão que permitiu que a ofensa à honra e à imagem da autora perpetuasse, mesmo quando foi devidamente notificada a proceder à exclusão do conteúdo ofensivo a seus direito de personalidade. Portanto, cumpre que seja arbitrado o valor da indenização cabível de modo que a autora seja compensada pelos transtornos de ordem psíquica amargados.

A respeito do tema, transcreve-se a citação feita pela Ministra do STJ, Nancy Andrighi, nos autos da Reclamação n. 5.498-PR, exarada no dia 18.03.2011, relativa à ementa do acórdão do recuso especial n. 1.193.764/SP, da 3ª Turma, do qual foi relatora:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, §2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma

enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. 7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. 8. Recurso especial a que se nega provimento. (*grifo nosso*).

Resta dizer que não há qualquer parâmetro para definir o *quantum* indenizatório que seja capaz de ressarcir e amenizar os danos sofridos pela autora. Todavia, a fixação do valor da condenação deve pautar-se pela gravidade da conduta praticada pela ré, pela condição econômica das partes, bem como pelo caráter punitivo e pedagógico da condenação, obtemperando quanto a não ocorrência de locupletamento injusto e, ainda, à coibição da reincidência da prática. Levando-se em conta estes dados, tenho que razoável é a condenação da ré ao pagamento do valor correspondente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por fim, quanto ao pedido de exclusão da comunidade criada com o fim espúrio de ofender a autora, ele também deve ser atendido, inclusive, em sede de tutela antecipada, para que surta efeitos desde já, cessando assim a prática ilícita perpetrada pelos usuários da ré e pela omissão igualmente lesiva.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido de ingresso, nos termos do artigo 269, I, do CPC, para condenar a ré a excluir, em dois dias, do seu site de relacionamento a comunidade denominada “Eu odeio a aliandra”, cujo endereço eletrônico encontra-se declinado na exordial e para condená-la a pagar à autora a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral. Referida quantia será corrigida monetariamente, segundo índice divulgado pela CGJMG, e

será acrescida de juros de mora de 1% ao mês, devendo ambos os percentuais incidirem a partir da publicação desta sentença.

Ficam as partes cientes que o prazo para cumprimento voluntário da condenação em quantia certa estabelecida nesta sentença, em conformidade com o art. 475-J do CPC, conta-se a partir do trânsito em julgado, sem nova intimação, sob pena de incidência de multa equivalente a 10% do valor da condenação.

Sem custas processuais e honorários advocatícios, a teor do contido no artigo 55 da Lei n. 9.099/95.

P.R.I. Cumpra-se.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2011.

Gislene Rodrigues Mansur
Juíza de Direito

Manifestação do relator do ARE Nº 660.861, repercussão geral no caso Aliandra x Google, Min. Luiz Fux.²¹⁷

Cuida-se de Agravo em Recurso Extraordinário contra acórdão que manteve, em sede de recurso inominado, sentença de mérito de procedência da ação originária, para condenar a Google ao pagamento de indenização por danos morais sofridos pela Recorrida, em virtude da criação, por terceiros, de conteúdo considerado ofensivo no sítio eletrônico de relacionamentos Orkut.

O ora Agravante foi condenado, ainda, a remover a página reputada ofensiva da rede mundial de computadores.

Seguem trechos do voto vencedor, no decisum impugnado:

Preliminarmente alega a recorrente a sua ilegitimidade passiva quanto ao pedido de indenização feito pela recorrida, alegando que a página considerada ofensiva não foi criada pela recorrente e o conteúdo ali inserido é de responsabilidade do criador do perfil ou da comunidade, não podendo responder pela pretensão indenizatória.

Não há como prosperar a preliminar alegada pela recorrente, pois o prestador de serviço de um site de relacionamento que permite a publicação de mensagens na internet, sem que haja um efetivo controle, ainda que mínimo, ou dispositivos de segurança para evitar que conteúdos agressivos sejam veiculados, sem ao menos possibilitar a identificação do responsável pela publicação, deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes a tal empreendimento. Observe-se que a responsabilidade neste caso é apurada de forma objetiva, tendo em vista a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

Não há como prosperar a alegação de que pelo fato da recorrente não ser a autora do conteúdo publicado ela não é responsável por eventuais danos causados. O serviço prestado pela recorrente exige a elaboração de mecanismos aptos a impedir a publicação de conteúdos passíveis de ofender a imagem de pessoas, evitando-se que o site de relacionamento configure um meio sem limites para a

²¹⁷ BRASIL. Manifestação do relator do ARE Nº 660.861, Min. Luiz Fux – Recurso Extraordinário

manifestação de comentários ofensivos, sem que se observem regras mínimas.

O fato do conteúdo ora discutido ter sido elaborado por terceiros não exclui a responsabilidade da recorrente em fiscalizar o conteúdo do que é publicado e se os usuários estão observando [sic] as políticas elaboradas pelo próprio site.

Alega o Agravante que a decisão impugnada pelo Recurso Extraordinário resulta em censura prévia, por determinar que o sítio hospedeiro fiscalize as informações circuladas na rede, o que seria vedado pelos artigos 5º, IV, IX, XIV, XXXIII e 220, § 1º, § 2º, § 6º, da Constituição da República.

Restariam vulnerados, segundo argumenta o Recorrente, a liberdade de expressão e o direito à informação. Assim também, o princípio da reserva de jurisdição do Poder Judiciário, que seria o "único com capacidade para efetuar juízo de valor sobre conteúdos revestidos de subjetividade".

Insta definir, à míngua de regulamentação legal da matéria, se a incidência direta dos princípios constitucionais gera, para a empresa hospedeira de sítios na rede mundial de computadores, o dever de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos e de retirar do ar as informações reputadas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Judiciário.

Considero que a matéria possui Repercussão Geral, apta a atingir inúmeros casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Ex positis, submeto o tema à apreciação dos demais Ministros da Corte.

Parecer da Procuradoria Geral da Republica em ARE 660861.²¹⁸

Volta-se o recurso extraordinário a acórdão da 1ª Turma Recursal Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, avaliando a criação de comunidade intitulada “Eu Odeio a Aliandra” na rede social de relacionamentos ORKUT, aferiu lesão à honra e à imagem da recorrida, impondo o dever de indenizar ao provedor responsável pela manutenção do serviço, eis que teria se omitido, indevidamente, deixando de atender a pedido da ofendida para a retirada do conteúdo abusivo.

A iniciativa, enquadrada na alínea “a” do permissivo magno, sustenta-se na ausência de ilicitude evidente a pesar sobre as informações e comentários publicados. Em tais circunstâncias, a avaliação seria circunscrita ao âmbito da reserva de jurisdição. Ao revés, aferida pela instância *a quo* a responsabilidade do provedor, ter-se-ia atribuído a uma empresa privada a obrigação de realizar censura prévia a conteúdos inseridos pelos usuários, a partir de critérios subjetivos, com nítido prejuízo à liberdade de expressão, garantida constitucionalmente. Vêm os autos para a manifestação do *custos legis*.

Prima facie, a assistemática autuação eletrônica dificulta a análise da controvérsia, não se verificando nos autos o conteúdo da decisão que reconheceu a repercussão geral ou mesmo o pronunciamento sobre o agravo manejado pela parte contra o despacho que indeferiu o processamento da iniciativa extraordinária, adentrando-se, aqui, no mérito, sem que tenha sido formalmente admitida.

Registra-se, a propósito, que a eventual ausência de pressupostos de admissibilidade, impugnada através do agravo, restou superada pela aferição da repercussão geral, não merecendo, todavia, provimento o recurso extraordinário subjacente.

É fato que a Constituição Federal de 1988, incorporando a essência das democracias contemporâneas, proíbe qualquer espécie de censura, seja de natureza política, ideológica ou artística (art. 220, § 2º), vedando todo procedimento que busque impedir a livre circulação de ideias e reproduzir comportamentos autoritários nos vários contextos sociais. A democracia é inconciliável com a

²¹⁸ BRASIL. Parecer da Procuradoria Geral da República, WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO Subprocurador-Geral da República em ARE 660861 – Recurso Extraordinário

censura. Seu regular funcionamento tem por substrato o pluralismo, contrário, em todas as suas nuances, à imposição autocrática e unilateral de vertentes.

Apesar de ter assumido, em seus primórdios, viés individualista, a evolução conceitual do direito à liberdade de expressão e informação agregou dimensão coletiva, que evidencia sua importância na formação da opinião pública pluralista, sendo elemento condicionador da própria democracia e premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Nessa esteira, os tribunais constitucionais têm reconhecido sua “*preferred position*”.

Não há, todavia, direito absoluto, aferindo-se a existência de limites ao exercício da liberdade de expressão. O Poder Público, ao pretender restringi-la, terá que justificar a necessidade de intervenção, observando a reserva de lei – explícita ou implícita e sempre autorizada pela Constituição – além da proporcionalidade, de forma a preservar a integridade do núcleo essencial da garantia. Nesse contexto localiza-se a problemática apresentada.

Com efeito, o advento da Internet deflagrou uma verdadeira revolução para a humanidade, sendo atualmente utilizada para a troca de informações, publicação de dados, conteúdo e comercialização de bens e serviços, representando um dos maiores substratos para a consecução de negócios e atos jurídicos.

Nesse novo e amplo universo, é inevitável perquirir sobre a responsabilização civil pela prática de atos por meio eletrônico, inclusive daqueles que auxiliam na transmissão de dados, criam informações ou simplesmente as divulgam, vinculando-se a sistematização dos possíveis casos aos diferentes direitos que podem ser violados no mundo virtual.

Maior complexidade reveste a definição de limites aos provedores hospedeiros de conteúdo, pelas informações veiculadas, passíveis de provocar danos a terceiros, devendo-se aferir, como condição prévia, a real possibilidade de controle editorial sobre as informações e opiniões publicadas.

Firmada a premissa, na espécie não há interferência do provedor no conteúdo publicado pelos usuários na rede de relacionamentos, sendo incompatível com o arcabouço constitucional de regência que se faculte – e tampouco se exija - a censura prévia das manifestações veiculadas, sob pena de responsabilização

objetiva, que redundaria em indevido e grave contingenciamento à própria liberdade de expressão.

Entretanto, no interior das mesmas estruturas constitucionais, que sustentam o Estado Democrático de Direito, não se concebe a “irresponsabilidade” absoluta, estando os atores sociais vinculados às suas condutas e consequências. Assim, revela-se adequada à atividade desempenhada pelos provedores hospedeiros, com sua abertura e porosidade inerentes, a responsabilização subjetiva, na presença de alguma das modalidades de culpa.

Ora, informados de que algum site está veiculando fato antijurídico e infamante, o provedor deve coibir a prática. Não o fazendo, estará atuando com evidente culpa e sua responsabilidade será solidária com o autor do conteúdo.

É certo que o critério não deve ser a simples contrariedade daquele que se considera afetado pela opinião de outrem – as críticas são essenciais ao pluralismo e, portanto, não podem conferir ao ofendido o poder de eliminá-las, por incômodas. Entretanto, há manifestações e conteúdos passíveis de lesionar direito personalíssimo de terceiro – situação aferida pelas instâncias ordinárias, soberanas em matéria de prova.

Não se trata, ao contrário do deduzido nas razões recursais, de exigir do recorrente a análise prévia e fiscalização do que é divulgado nas páginas eletrônicas que hospeda, mas, da obrigação de coibir abusos, quando sua prática é informada.

Nota-se, *in casu*, que o GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. avaliou concretamente o pleito da recorrida, afirmando que o conteúdo da comunidade “Eu Odeio a Aliandra” não violaria de forma clara as leis do mundo real ou infringiria as suas políticas, optando por mantê-lo no ar. Assim, exerceu juízo de valor e filiou-se aos responsáveis pela publicação, conduta passível de questionamento junto ao Judiciário, que, igualmente, poderia atribuir-lhe os efeitos respectivos.

Nesse diapasão, as instâncias ordinárias constataram, em uníssono, o uso indevido da imagem da ofendida, bem como o propósito espúrio da página, criada apenas para ridicularizá-la, implicando inúmeros constrangimentos em seu meio social – aspectos suficientes para configurar a antijuridicidade do conteúdo publicado e, após a ciência do provedor, sua responsabilidade subjetiva.

Em verdade, a empresa não poderia minimizar a importância da publicação, não autorizada, de fotografia da recorrente e de comentários satíricos e ofensivos sobre o seu modo de ser, o que resultou em flagrante lesão a direitos da personalidade, sopesados em Juízo.

Ressalta-se que a inviolabilidade da imagem das pessoas reveste-se da natureza de garantia fundamental e sua utilização constitui direito exclusivo e personalíssimo, cuja inobservância gera o necessário e inafastável dever de reparar o prejuízo causado, independente do intuito comercial da reprodução não consentida da imagem, bastando a presunção de desconforto e constrangimento que resulta da violação da intimidade e vida privada. Ressalta-se, a tanto, que os elementos probatórios e fatos são insuscetíveis de reavaliação na sede extraordinária.

Não se vislumbra, nesses termos, prejuízo à liberdade de expressão ou imposição de censura prévia, apenas a responsabilização subjetiva do provedor, que, ciente de conteúdos passíveis de macular a imagem e honra da recorrida, ficou-se inerte, atraindo as sanções cabíveis, no interior do sistema de direitos, aplicadas através da adequada prestação jurisdicional.

Do exposto, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo desprovimento do recurso. Brasília-DF, 11 de junho de 2012.

Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – Marco Civil da Internet**LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014.**

Vigência

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

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.

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

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

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

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
- V - 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;
- VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII - preservação da natureza participativa da rede;
- VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

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.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

- I - do direito de acesso à internet a todos;
- II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
- III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e
- IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

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.

Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua

importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

CAPÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

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

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

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

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

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

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

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

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

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

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

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

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

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

CAPÍTULO III DA PROVISÃO DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET

Seção I Da Neutralidade de Rede

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

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no **caput** deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

Seção II Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

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

§ 4º 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.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no **caput** aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma

integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

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

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

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

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

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

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

Subseção I Da Guarda de Registros de Conexão

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

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

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

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

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

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

§ 6º 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.

Subseção II Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Conexão

Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

Subseção III Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações

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

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no **caput** a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no **caput**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º 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.

Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é 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.

Art. 17. 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.

Seção III Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros

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

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

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

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

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

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

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.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

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

Seção IV Da Requisição Judicial de Registros

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao

responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

CAPÍTULO IV DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

- I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;
- II - promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil;
- III - promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos;
- IV - promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade;
- V - adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;
- VI - publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada;
- VII - otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa;
- VIII - desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da internet;
- IX - promoção da cultura e da cidadania; e

X - prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos.

Art. 25. As aplicações de internet de entes do poder público devem buscar:

I - compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso;

II - acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais;

III - compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações;

IV - facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e

V - fortalecimento da participação social nas políticas públicas.

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:

I - promover a inclusão digital;

II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e

III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Art. 28. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. 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.

Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a

sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no **caput**, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

Art. 30. A defesa dos interesses e dos direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei.

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.

Art. 32. Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 23 de abril de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF José Eduardo Cardozo Miriam
Belchior Paulo Bernardo Silva Clélio Campolina Diniz”.²¹⁹

²¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.965, 2014.