

O MARCO REGULATÓRIO DA INTERNET

Samantha S. Moura Ribeiro¹

“The question is not to oppose a disposition to change (technology) to a pretension to stability (law). On the contrary, it deals with the recognition of what can be taken for stable in what changes [...].

Massimo Durante²

Freedom will not emerge from the absence of a state but from the presence of a state of a certain kind.

Lawrence Lessig³

Após um longo processo de elaboração e debates, cujo o início pode ser traçado ao ano de 2009, foi aprovada no dia 23 de abril de 2014 a Lei 12.965, conhecida como o Marco Civil Regulatório da Internet, ou Marco da Internet, ou ainda, no plano internacional, como *Brazilian Internet Bill of Rights*. Para se ter a dimensão da importância dessa lei, é importante contextualizá-la no âmbito do debate acadêmico e político.

Como é sabido, nos idos dos anos 90 quando a ARPANET começou a se desenvolver naquilo que hoje conhecemos como a Internet, as expectativas em torno das novas possibilidades trazidas pelas novas tecnologias se multiplicavam. De um lado, havia a corrente que previa uma grande oportunidade para o desenvolvimento pleno das liberdades em um ambiente baseado na coordenação, sem uma autoridade nos moldes de uma anarquia funcional. De outro lado, havia aqueles preocupados com o aperfeiçoamento das tecnologias de controle que permitiriam um grau de vigilância inimaginável com graves consequências ao exercício dos direitos fundamentais das pessoas.

Em meio a essas teorizações a Internet foi se ampliando e ganhando cada vez maior influência sobre a vida e a rotina das pessoas. Se, quando do seu surgimento, os pesquisadores envolvidos no desenvolvimento da rede estavam mais preocupados com as formas de transportar dados de um ponto ao outro, sem cuidar de quem e onde estaria em cada ponto e qual seria o

¹ Ph.D. (Direito) e MRes pelo European University Institute; Mestre (Teoria do Estado e Direito Constitucional) e graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

² “Re-designing the Role of Law in the Information Society: Mediating between the Real and the Virtual”. *European Journal of Legal Studies*.

³ Code 2.0. 2010 US Soho Books p. 4

conteúdo dos dados, essa situação mudou conforme da rede foi se desenvolvendo. Rapidamente tanto os governos quanto as grande companhias vislumbraram o potencial da rede como imensa base de dados e ferramenta de disseminação de informação. Pouco a pouco se tornou claro que a Internet não seria deixada intocada pelas pretensões de regulação dos estados e dos mercados.

A primeira grande intervenção a ser apontada foi a Lei de Telecomunicações nos EUA de 1996 que trazia uma subseção dedicado ao regulamento das comunicações com vistas à garantia da decência. A lei trazia uma forte criminalização relacionada ao uso da Internet que negava as próprias características da rede, por exemplo criminalizando o emprego de termos ofensivos pelos *standards* contemporâneos de um serviço interativo de computador, de forma acessível a menores de 18 anos. Considerando a inexatidão da tipificação do crime e a impossibilidade de controlar o acesso por menores ao conteúdo veiculado na Internet, a lei suscitou uma série de debates, sendo finalmente rejeitada pela Suprema Corte norte americana, no que concerne a seção da decência. Entretanto, outras regulamentações se seguiram, e, junto com elas novas tecnologias que permitiam maior controle na rede foram sendo desenvolvidas e adicionadas à arquitetura da Internet, por demandas de segurança do mercado, e dos próprios consumidores.

Dessa forma, a Internet que surgiu como uma rede de liberdade passou a sofrer com tentativas cada vez mais sofisticadas de viabilizar formas de controle e vigilância, fundamentadas em demandas por segurança. Tal batalha entre liberdade e controle acontecia tanto no campo técnico, - pelo desenvolvimento de tecnologias, software e hardware que permitiam ou impossibilitavam o uso mais livre pelos cidadãos -, quanto no campo institucional legislativo.

Entre nós, a primeira grande tentativa que teve o mérito de colocar a questão da regulação da Internet no centro do debate veio em 1999, através do Projeto de Lei de número 84, popularizado com o nome de Lei Azeredo. Seguindo a tradição, de resto estabelecida no Brasil de dar prevalência a responsabilidade *vis a vis* a liberdade, o objetivo do projeto era o de garantir a segurança na Internet, através da criminalização de uma série de condutas e da responsabilização dos usuários. A lei criava novos crimes, usando termos vagos, ampliava os poderes de investigação para a aplicação da lei, e ainda impunha aos provedores deveres de vigilância, inclusive com a obrigação de disponibilizar dados dos usuários, sem a necessidade de mandado judicial. Os provedores deveriam, por exemplo, manter os dados de acesso e de conexão dos

usuários por três anos e deviam notificar secretamente a polícia sobre qualquer suspeita de atividade ilegal.

A abordagem extremamente penalista ignorando a idéia de que a lei penal deve ser o último recurso na tentativa de regular comportamentos sociais, gerou reações inflamadas e amplos debates. Já havia outras iniciativas legislativas com o objetivo mesmo de criminalizar condutas, mas esta realizaria uma supercriminalização, tratando os usuários como criminosos. Os fortes movimentos contrários ao PL tornavam claro que, se não era possível manter o Estado longe do âmbito da Internet, o caminho deveria ser a prévia garantia de direitos fundamentais que protegessem os cidadãos/usuários contra as tecnologias de controle e contra as influências dos interesses particulares que passavam então a definir a arquitetura da Internet, moldando as possibilidades de ação dos cidadãos nas suas relações online.

Iniciou-se um processo de conscientização sobre a importância da garantia de direitos através de uma regulação da Internet. Acadêmicos, agências reguladoras e outros setores da sociedade interessados passaram a envidar esforços para proceder à elaboração colaborativa de um projeto de lei que especificasse, em uma base consensual, os direitos fundamentais a serem garantidos no âmbito da internet.

Dessa forma, o Ministério da Justiça em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (CTS/FGV-Rio) lançaram uma iniciativa pioneira de elaboração coletiva de lei. Eles redigiram um documento com o que consideraram os princípios gerais da regulação da Internet. O documento foi inspirado pelos princípios de governança e uso da Internet no Brasil adotados pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br). Através da adaptação de uma plataforma para a criação de blogs, disponibilizaram o documento online implementando um sistema para o recebimento de comentários e sugestões. O documento foi publicado na plataforma em outubro de 2009 e, por 45 dias, os usuários podiam discutir os princípios e propor tópicos. Os comentários, por volta de 800, foram sistematizados e utilizados como referência para a elaboração de um primeiro projeto que foi então novamente submetido à apreciação online. Aproximadamente 1200 comentários foram recebidos de indivíduos, organizações da sociedade civil, e de companhias nacionais e estrangeiras do campo da tecnologia e da cultura. O debate foi repercutiu para além da plataforma online, gerando manifestações no twitter e em outras mídias, e a organização audiências públicas e debates

presenciais por todo o país. Alguns preferiram também redigir contribuições mais extensas e enviar através do email disponibilizado na plataforma, tais contribuições também foram publicadas e submetidas à apreciação dos usuários. Todos esses fatores contribuíram para o estabelecimento de um processo colaborativo, descentralizado e transparente.

Após o período de consultas e debates públicos, o Ministério da Justiça e o CTS compilaram os comentários e fizeram modificações no projeto com base nas perspectivas e sugestões que sobressaíram como sendo as mais representativas. O novo projeto modificado foi então enviado ao Congresso Nacional para apreciação.

O processo de elaboração do Marco civil foi pioneiro e em alguma medida revolucionário. Em que pese o problema da exclusão digital que impede que uma parcela significativa da população tenha acesso a Internet, apenas o fato de que aqueles que tiveram acesso puderam participar e contribuir já torna o processo mais representativo e mais apto a abranger uma diversidade maior de interesses e perspectivas. Tal fato torna-se ainda mais evidente considerando que a plataforma online teve um papel de complementariedade e não de substituição em relação aos debates presenciais e os caminhos institucionais de elaboração da lei.

Após um longo período em que o projeto elaborado coletivamente transitou pelo Congresso, em meio a longo debates e adiamentos, a lei acabou sendo votada em decorrência da determinação da Presidente Dilma Rousseff de que o projeto fosse apreciado em regime de urgência. Essa determinação presidencial veio como resposta dada pelo executivo à divulgação feita por Edward Snowden e Glenn Greenwald de documentos que demonstravam que a Agência Nacional de Segurança norte americana espionava a presidente. Tal fato demonstrou mais uma vez a necessidade de aprovar uma regulação capaz de garantir direitos fundamentais do usuário nas suas relações online.

Apesar das modificações sofridas ao longo dos debates no Congresso, o texto da lei manteve o seu propósito de garantir direitos em um ambiente de controle crescente. Merece destaque nesse ponto a preocupação em estabelecer princípios e garantias no início do texto seguindo a técnica constitucional adotada em 1988. Aliás, nota-se no texto o objetivo de reafirmar os princípios constitucionais, repetindo-os diretamente em alguns casos, e, em outros, especificando-os com vistas à aplicação nas novas situações trazidas pela Internet. Se por um lado encontramos, na lista dos pilares e princípios da lei (arts. 2º e 3º), a afirmação do respeito à

liberdade de expressão, comunicação e manifestação, a proteção dos direitos humanos, dos direitos da cidadania e da privacidade; por outro lado, há inserção de fundamentos e princípios específicos, tais como o reconhecimento da escala mundial da rede, a abertura, a colaboração, e a preservação da neutralidade da rede e da participação na rede.

Entre os objetivos (art. 4º), o protagonismo é da universalização do acesso. Não apenas à Internet, mas em termos mais gerais à informação, ao conhecimento, à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos. De forma mais específica, a lei se compromete a promover a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e de acesso, além da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, acessibilidade e interoperabilidade.

Os tópicos de maior relevância e por isso mesmo causadores de maior polêmica são os relativos às garantias e direitos dos usuários, à garantia da neutralidade da rede e à limitação da responsabilidade dos provedores. Não obstante a proposta aqui não ser o comentário descritivo e detalhado dos artigos da Lei, faz-se necessário analisar de forma mais minuciosa tais pontos.

As garantias e direitos do usuários vêm elencados no capítulo II que começa por estatuir que o acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania (art. 7º caput). Tal afirmação está em perfeita consonância com o entendimento contemporâneo relativo à garantia de direitos fundamentais, expresso inclusive em relatório da ONU⁴ sobre o tema. Contudo, a força normativa dessa declaração encontra-se por ora esvaziada, devido à falta de legislação específica capaz de dar efetividade ao seu conteúdo⁵. Os direitos dos usuários se relacionam à garantias de respeito à privacidade, proteção de dados, dos direitos dos consumidores e do direito à liberdade de expressão, além de garantia de acessibilidade.

⁴ LA RUE, F. "Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression". Human Rights Council, 17a sessão, agenda item 3. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. Disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf, acesso em 16/08/2014.

⁵ Existem algumas propostas no sentido de incluir o direito de acesso à internet no rol dos direitos fundamentais do art. 5º (PEC 479/ 2010), outras no sentido de aplicar os recursos do FUST a diversos aspectos relacionados à expansão da banda larga e do acesso à internet (PL 349/2007 (1), PL 7333/2010, PL 2675/2007, PL 2417/2003 (11), PL 3785/2004, PL 5903/2005, PL 1063/2007 (1), PL 6504/2009; PL 2844/2008 (1), PL 830/2011, PL 3462/2008, PL 6798/2010, PL 6870/2010, PL 6878/2010, PL 7271/2010, PL 1419/2007 (2), PL 2785/2008, PL 5116/2009; PL 1466/2007 (2), PL 1774/2007, PL 3828/2012, PL 2591/2007, PL 4492/2008, PL 5675/2009, PL 6828/2010, PL 6585/2009 (3), PL 6677/2006, PL 415/2011 (1), PL 2294/2011, PL 6993/2010, PL 2935/2011, PL 3353/2012, PL 3787/2012, PL 4517/2012.)

O inciso IV do art. 7º estabelece o direito à não suspensão do acesso à Internet, salvo por débito diretamente decorrente da sua utilização. A garantia sinaliza a opção de rejeitar modelos restritivos de combate à violação dos direitos autorais, como por exemplo aquele adotado na França, segundo o qual o usuário que, após três avisos sobre a alegação da violação, não retira da rede o conteúdo questionado tem sua conexão bloqueada ainda durante a investigação. De resto, a opção feita pela lei é coerente com os princípios estabelecidos e com o próprio caput do art. 7º.

O tema da neutralidade da rede vem tratado no Capítulo III. A lei impõe ao responsável pela transmissão, comutação e roteamento o dever de tratar os pacotes de dados de forma isonômica, (art. 9º) e veda o bloqueio, monitoramento, filtro ou análise do conteúdo do pacote de dados.

O objetivo da garantia da neutralidade é preservar a liberdade de escolha dos usuários, protegendo de influências e manipulações por parte dos provedores de acesso. Se os provedores tivessem a possibilidade de selecionar pacotes de dados, eles poderiam bloquear ou diminuir a velocidade de acesso a serviços que eles mesmo oferecem de forma onerosa, como por exemplo os serviços de voz. Os provedores de acesso também poderiam cobrar taxas diferenciadas dos provedores de conteúdo e determinar a velocidade de acesso a cada um deles de acordo com as taxas pagas. Uma série de vantagens comerciais somada ao medo da responsabilização no caso de acesso a conteúdos ilegais tendem a gerar no provedor de acesso um forte interesse na seleção de conteúdos. A permissão de tal discriminação iria contra os princípios de liberdade que permitiram o desenvolvimento da Internet com a participação igualitária de todos os usuários.

Justamente pela relevância dos interesses econômicos envolvidos, a garantia de neutralidade da rede foi um dos pontos mais discutidos durante o processo de apreciação do projeto no Congresso. Tanto o projeto de lei quanto o texto aprovado acabaram por prever a possibilidade de discriminação ou degradação do tráfego dados em decorrência de requisitos técnicos indispensáveis à prestação do serviço. O texto da lei aprovada, entretanto, além de adicionar a possibilidade de discriminação em decorrência da priorização de serviços de emergências, estabeleceu que em qualquer dessas hipóteses excepcionais, a regulamentação da discriminação ou degradação deverá ser feita, para a fiel execução da lei, por ato do poder executivo, ouvidos o Comitê Gestor da Internet (CGI.br) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

A forma de regulação prevista vem sendo alvo de críticas, sob o argumento de que se retirou dos provedores de acesso a possibilidade de influenciar a liberdade de escolha dos usuários, para então abrir essa possibilidade ao governo. Se é verdade que a enumeração dos requisitos técnicos mencionados teria dado maior grau de segurança aos usuários e de proteção à neutralidade, não parece, contudo, que a aplicação acertada da lei abriria brecha para a interferência política discricionária. A regulamentação deverá ser feita de forma coerente com a uma interpretação teleológica do capítulo e da lei, visando essencialmente à garantia de liberdade dos usuários e a proteção de seus direitos fundamentais. Cabe lembrar que o art. 59 do regulamento de serviço de comunicação multimídia da Anatel é ainda mais específico, referindo à possibilidade de discriminação e degradação do tráfego “indispensáveis à garantia da segurança e da estabilidade do serviço e das redes que lhe dão suporte”. Ademais, o marco civil impõe aos s pela transmissão, comutação e roteamento, o dever de agir com transparência, proporcionalidade e isonomia, e de informar o usuário previamente e de forma clara sobre as políticas de gerenciamento e mitigação do tráfego. Dessa forma, a expectativa é que a degradação e discriminação do tráfego seja realizada estritamente em nome do interesse coletivo dos usuários.

Finalmente, a limitação da responsabilidade dos provedores da Internet por conteúdo gerado por terceiros é tratada na Seção III do capítulo III. Cabe lembrar que o provedor de aplicação pode ligar a postagem de um conteúdo a um número IP e o provedor de acesso é capaz de ligar o IP ao usuário assinante. Dessa forma, ambos provedores são essenciais para encontrar o usuário responsável pela postagem de um conteúdo na rede. Mais do que isso: ainda que o usuário não possa ser localizado por qualquer motivo, o provedor sempre poderá ser localizado, de forma que é frequente que seja ele responsabilizado pela retirada do conteúdo e muitas vezes até pelo dano causado decorrente de sua veiculação. Esse contexto tende a desestimular a inovação, de vez que os provedores podem ser responsabilizados por qualquer uso de suas aplicações, além de ser um estímulo para a realização de censura prévia, através do bloqueio de qualquer conteúdo com potencial de trazer problemas ao provedor. Diante disso, torna-se imprescindível a limitação legal da responsabilidade dos provedores.

Com intuito de atribuir responsabilidades compatíveis com a atividade desempenhada por cada provedor, optou-se por diferenciar entre o provedor de acesso à Internet e o provedor de

aplicação. O provedor de acesso tem, de acordo com o art. 18 plena isenção de responsabilidade por conteúdo gerado por terceiros. O provedor de aplicação, por sua vez, poderá ser responsabilizado somente se, após ordem judicial específica, deixar de tomar as providências necessárias para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, (art. 19).

A opção de exigir a ordem judicial como pré-requisito para a responsabilização do provedor tem sido amplamente criticada sob o argumento de que o terceiro cujos direitos são violados pela disponibilidade do conteúdo na rede continuará sofrendo os danos até a ordem judicial. Essa crítica entretanto, não parece merecer suporte.

Primeiramente, o Marco Civil reitera a possibilidade de a parte buscar a proteção dos seus direitos em juizados especiais e de, em qualquer caso, o juiz poder antecipar a tutela quando presentes os requisitos para tanto. Além disso, a hipótese mais rápida seria a de responsabilizar o provedor mediante simples notificação da parte que alega violação dos seus direitos. Tal sistema adotado nos Estados Unidos, através do Digital Millennium Copyrights Act (DMCA) já demonstrou ser um convite ao abuso. Por exemplo, torna-se possível notificar um provedor pedindo a retirada de determinado conteúdo, sob a alegação de violação da honra ou de direitos autorais, apenas por razões ideológicas. Ao provedor seria mais prudente retirar qualquer conteúdo, sem análise aprofundada das alegações, de forma a evitar qualquer responsabilização. Ademais, tendo em vista a questionável proliferação de decisões judiciais determinando a retirada de conteúdo por alegação de violação à honra, principalmente em períodos eleitorais, é de se temer o que aconteceria com a liberdade de expressão e a Internet em um sistema em que a simples notificação gerasse responsabilização do provedor.

Entretanto, andou bem o legislador ao abrir uma exceção à exigência da ordem judicial. É que a simples notificação é suficiente para obrigar o provedor a retirar o conteúdo, quando a alegação for de violação da intimidade feita por um dos participantes cuja imagem aparece em conteúdos com cenas de nudez ou de atos sexuais. Além de ser mais fácil a verificação da veracidade de tal alegação, a violação do direito é também mais clara.

Outra exceção aberta pela Lei diz respeito à violação de direitos autorais. A aplicação do art. 19 que exige a ordem judicial específica para só então responsabilizar o provedor de aplicações, fica dependente de previsão legal. Essa previsão foi alvo de duras críticas, sendo inclusive fundamento para alegação de inconstitucionalidade do Marco. O argumento da

inconstitucionalidade vai no sentido de que a Lei priorizou os interesses da indústria em detrimento da proteção da dignidade da pessoa humana, de vez que estabeleceu um sistema que protege de maneira menos rígida a honra e os direitos da personalidade vis a vis os direitos patrimoniais representados pelo direitos do autor e conexos⁶.

Ora, o objetivo de exigência de ordem judicial para a responsabilização do provedor tem como fundamento a proteção dos direitos fundamentais a liberdade de expressão e comunicação. Tal concepção faz ainda mais sentido em um ambiente em que os próprios mecanismos da rede que possibilitaram a alegada ofensa disponibilizam os meios para uma eventual e rápida resposta. O fato de o Marco se referir à legislação específica com relação à violação dos direitos autorais não representa uma opção pela proteção mais ampla dos direitos patrimoniais, mas apenas o reconhecimento da existência e da importância do amplo debate público que ocorre especificamente no campo da revisão da lei de direitos autorais. Os embates que pretendem flexibilizar a proteção patrimonial com vistas a garantir de forma mais ampla o acesso à cultura e ao conhecimento tem marcado as tentativas de revisão dessa lei e devem ter a devida atenção em foros específicos. Dessa forma, o legislador fez a opção pela referência expressa à essa legislação específica.

Em que pese as emendas sofridas ao longo do caminho e as críticas enfrentadas, o Marco representa um avanço no contexto mundial de regulação da Internet e contribui para a construção do protagonismo brasileiro e latino americano nas discussões globais sobre a regulamentação da Internet. É uma lei pioneira no que tange a garantia de direitos aos usuários e, principalmente, no que se relaciona aos mecanismos colaborativos adotados para a elaboração do texto. O resultado de um processo com grande participação e transparência é uma lei com alto grau de representatividade. Se o Marco repete muitos dos princípios e direitos já garantidos pela nossa Constituição, é porque a necessidade de reafirmação das escolhas axiológicas feitas pela sociedade brasileira se mostrou necessária quando do debate das possibilidades de caminhos para a regulação da Internet.

Por um lado, é cada vez mais claro que o ambiente virtual e as relações online são parte inseparável da vida dos cidadãos, e por isso mesmo submetidas à constituição. Por outro lado,

⁶ Vide MARTINS, Guilherme M. “Inconstitucionalidade do Marco da Internet”, *Valor Econômico*, 19/05/2014.

torna-se cada vez mais necessário restabelecer os pilares que devem nortear a regulação das tecnologias de forma a evitar que opções políticas sejam escamoteadas em escolhas reputadas meramente técnicas. Ademais é importante observar a contribuição do Marco para a construção do protagonismo brasileiro nas discussões globais sobre a regulamentação da Internet, o que está em sintonia com o movimento que A internet tem potencial para fomentar novas possibilidades revolucionárias de mini emancipações, ligadas ao acesso livre e igualitário e à produção colaborativa. Entretanto, a preservação das condições de geração e regeneração dessas possibilidades não serão garantidas pela falta de regulação, mas pela efetividade de uma legislação comprometida com esses objetivos.

Apesar das críticas, andou bem o marco civil nesse sentido. A lei traduz os princípios constitucionais para linguagem aplicável a novas relações criadas na rede. Espera-se que, através da interpretação e aplicação correta do instrumental disponibilizado pelo Marco, o judiciário seja capaz de contribuir para a ampliação da efetivação dos direitos constitucionais, abrangendo as relações dos cidadãos que se desdobram em usuários.