

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana

Time and space. fragments of the internet civil framework: human dignity protection paradigms

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Marilene Araujo

Sumário

I. INTRODUÇÃO.....	I
THE DATASPHERE AND THE LAW: NEW SPACE, NEW TERRITORIES	III
Jean-Sylvestre Bergé e Stéphane Grumbach	
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO E MUNDO DIGITAL.....	22
A. CRIPTOMOEDAS E TECNOLOGIA BLOCKCHAIN	23
PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA CRIPTOGRAFIA FORTE: DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E REGULAÇÃO.....	25
Jacqueline de Souza Abreu	
TRATAMENTO JURÍDICO DAS CRIPTOMOEDAS: A DINÂMICA DOS BITCOINS E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	44
Mariana Dionísio de Andrade	
TERRITÓRIO DAS CRIPTOMOEDAS: LIMITES À REGULAMENTAÇÃO ESTATAL QUANTO À CIRCULAÇÃO DE MOEDAS NO CIBERESPAÇO E POSSÍVEIS ALTERNATIVAS	61
Ranidson Gleyck Amâncio Souza	
CRIPTOMOEDAS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA	80
Guilherme Broto Follador	
BITCOIN E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUA PROIBIÇÃO: UMA VIOLAÇÃO À SOBERANIA DO ESTADO?.....	106
Rodrigo Valente Giublin Teixeira e Felipe Rangel da Silva	
BLOCKCHAIN E AGENDA 2030.....	122
Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Douglas de Castro	
A RECONSTRUÇÃO DA JURISDIÇÃO PELO ESPAÇO DIGITAL: REDES SOCIAIS, BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS COMO PROPULSORES DA MUDANÇA.....	143
Maria Edelvacy Pinto Marinho e Gustavo Ferreira Ribeiro	
B. PROTEÇÃO DE DADOS E PROVEDORES DE INTERNET	158
O TEMPO E O ESPAÇO. FRAGMENTOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET: PARADIGMAS DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	160
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo	

O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (PL 5276/2016) NO MUNDO DO BIG DATA: O FENÔMENO DA DATAVEILLANCE EM RELAÇÃO À UTILIZAÇÃO DE METADADOS E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS.....	185
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
DIGNIDADE HUMANA NA WEBESFERA GOVERNAMENTAL BRASILEIRA.....	200
Luciana Cristina Souza	
CIBERESPAÇO E CONTEÚDO OFENSIVO GERADO POR TERCEIROS: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	217
Cristiano Colombo e Eugênio Facchini Neto	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS AUTÔNOMOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOTAS INICIAIS SOBRE A RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU	239
Thatiane Cristina Fontão Pires	
Rafael Peteffi da Silva	
SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE DE CRIANÇAS NO AMBIENTE DIGITAL: O PAPEL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.....	256
Fernando Büscher von Teschenhausen Eberlin	
THE DICHOTOMY BETWEEN SMART METERING AND THE PROTECTION OF CONSUMER’S PERSONAL DATA IN BRAZILIAN LAW.....	275
Lucas Noura Guimarães	
O CYBERBULLYING E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	295
Janile Lima Viana, Cinthia Meneses Maia e Paulo Germano Barrozo de Albuquerque	
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: EXERCÍCIO DE DIREITO VERSUS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	314
Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa	
ANÁLISE COMPARADA DE ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO A “REVENGE PORN” PELO MUNDO	334
Natália Neris, Juliana Pacetta Ruiz e Mariana Giorgetti Valente	
USO INDEVIDO DE REDES SOCIAIS E APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS NO AMBIENTE LABORAL.....	349
Eloy Pereira Lemos Junior, Edmar Warlisson de Souza Alves e César Augusto de Castro Fiuza	

C. DIREITO AO ESQUECIMENTO	366
ENSAIO SOBRE A PROMESSA JURÍDICA DO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PODER SIMBÓLICO DE BOURDIEU	368
Joana Machado e Sergio Negri	
UMA AGENDA PARA O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL.....	384
Bruno de Lima Acioli e Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior	
NÃO ADIANTA NEM TENTAR ESQUECER: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	412
José Augusto Fontoura Costa e Geraldo Miniuci	
A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO AOS AGENTES DELITIVOS: UMA ANÁLISE ACERCA DA PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À IMAGEM E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO	437
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
DIREITO AO ESQUECIMENTO: NA SOCIEDADE INFORMACIONAL HÁ ESPAÇO PARA O EPÍLOGO DA MÁQUINA DE TORTURA KAFKIANA?	454
Alexandre Antonio Bruno da Silva e Marlea Nobre da Costa Maciel	
ESQUECIMENTO, INTERNET E “PREFERÊNCIA” DA INFORMAÇÃO: POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA DOCTRINA DOS PREFERRED RIGHTS DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA AO CASO BRASILEIRO	484
Maria Vital da Rocha, Isaac Rodrigues Cunha e Karin de Fátima Rodrigues Oliveira	
D. PROPRIEDADE INTELECTUAL	510
DIREITOS AUTORAIS E MÚSICA: TECNOLOGIA, DIREITO E REGULAÇÃO	512
Marcia Carla Pereira Ribeiro, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Rubia Carneiro Neves	
DIREITO AUTORAL NA CIBERCULTURA: UMA ANÁLISE DO ACESSO AOS BENS IMATERIAIS A PARTIR DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS 4.0.....	539
Gabriela Maia Rebouças e Fernanda Oliveira Santos	
E. POLÍTICAS PÚBLICAS E NOVAS TECNOLOGIAS.....	559
SALTO DIGITAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OPORTUNIDADES E DESAFIOS.....	561
Marcelo D. Varella, Clarice G. Oliveira e Frederico Moesch	
FOSTERING E-GOVERNMENT IN BRAZIL: A CASE STUDY OF DIGITAL CERTIFICATION ADOPTION.	585
Lamartine Vieira Braga	
DEMOCRATIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: DESAFIOS PARA UM DIÁLOGO CONSCIENTE E IGUALITÁRIO .	602
Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Laura Nathalie Hernandez Rivera	

REDES SOCIAIS E CROWDSOURCING CONSTITUCIONAL: A INFLUÊNCIA DA CIBERDEMOCRACIA SOBRE A GÊNESE E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	618
Igor Ajouz	
MARCO CIVIL DA INTERNET E POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSPARÊNCIA: UMA ANÁLISE DA E-DEMOCRACIA E DO COMPLIANCE PÚBLICO	634
Juliana Costa Zaganelli e Wallace Vieira de Miranda	
POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DE COMPUTAÇÃO EM NUVEM: ANÁLISE DOCUMENTAL DOS RELATÓRIOS DO GLOBAL CLOUD COMPUTING SCORECARD	648
Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando Machado de Medeiros	
O USO MONOPOLISTA DO BIG DATA POR EMPRESAS DE APLICATIVOS: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EM CIDADES INTELIGENTES EM UM CENÁRIO DE ECONOMIA CRIATIVA E DE LIVRE CONCORRÊNCIA.....	672
José Antonio Remedio e Marcelo Rodrigues da Silva	
1. Introdução	673
2. A urbanização das cidades e a sociedade em rede: economia criativa, colaborativa e compartilhada como formas de concretização de funções sociais da cidade.....	674
4. Concorrência e Big Data Business relevantes às Smart Cities: estudo de caso envolvendo a aquisição do Waze pelo Google	686
5. Considerações finais	689
Referências.....	690
III. OUTROS TEMAS	694
COMO SALVAR O SISTEMA DE REPERCUSSÃO GERAL: TRANSPARÊNCIA, EFICIÊNCIA E REALISMO NA ESCOLHA DO QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VAI JULGAR.....	696
Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego	
PRECARIEDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO BASE TEMÁTICA PARA A PROIBIÇÃO OU LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	715
Lilian Rose Lemos Rocha e José Eduardo Cardozo	
A TERCEIRA MARGEM DO CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO: UMA CRÍTICA A FRANK MICHELMAN.....	732
Daniel Barcelos Vargas	
MEDIDA PROVISÓRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: RELEVÂNCIA, URGÊNCIA E PERTINÊNCIA TEMÁTICA.....	749
Clarice G. Oliveira e José Levi Mello do Amaral Júnior	

OBJETO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: REVISÃO CRÍTICA.....	765
Carlos Bastide Horbach	
AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VERSUS AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO: UMA VISÃO DICOTÔMICA DE UM FENÔMENO SINGULAR	782
Aparecida de Moura Andrade e Héctor Valverde Santana	
LOS AVATARES DEL INTERÉS DEFINIDO EN TÉRMINOS DE PODER EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	800
Louis Valentin Mballa	
CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL NA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DECLARATÓRIAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS JULGAMENTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO	819
Fernando Leal e Daniela Gueiros Dias	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	845
Fabricio Veiga Costa, Ivan Dias da Motta e Dalvaney Aparecida de Araújo	

O tempo e o espaço. Fragmentos do marco civil da internet: paradigmas de proteção da dignidade humana*

Time and space. fragments of the internet civil framework: human dignity protection paradigms

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos**

Marilene Araujo***

RESUMO

Tempo e espaço são paradigmas, sufragam as vontades e as possibilidades. Marcam e fazem a história. O tempo inicia e põe termo às relações jurídicas. O que se propõe neste estudo é, a um só tempo, refletir e analisar fragmentos de seus marcos regulatórios civil, a Lei nº 12.965/2014. Por causa da cultura de livre circulação na Internet e a falta de controles estruturais e externos, buscou-se estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres, para esse microcosmo em expansão em nossa sociedade. Seu fundamento: o respeito à liberdade de expressão. Seu objetivo: o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural. O paradigma fundante é a dignidade humana: a representação de si cuja proteção da liberdade é garantia da expressão da personalidade. A reflexão posta traz velhas questões, tempo, espaço, relações jurídicas, marcos legais, liberdade e dignidade. Mas, os novos paradigmas são possíveis com novas construções teóricas que contribuam, de alguma forma, para que o Direito se situe em um espaço virtual problemático e mantenha as conexões necessárias para a conservação da vida em sociedade, e, por consequência, a proteção da dignidade humana. A metodologia empregada é a Tópica. A Tópica é um modo de pensar por problemas, a partir deles e em sua direção. Juridicamente, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com um caráter *zetético* ou problemático.

Palavras Chaves: tempo. Espaço. Marco civil. Dignidade humana.

ABSTRACT

Time and space are paradigms, suffers wills and possibilities. They mark and make history. Time begins and ends legal relationships. The purpose of this study is, at the same time, to reflect and analyze fragments of its civil regulatory frameworks, Law No. 12,965 / 2014. Because of the culture of free circulation on the Internet and the lack of structural and external controls, we sought to establish principles, guarantees, rights and duties for this expanding microcosm in our society. Its foundation: respect for freedom of

* Recebido em 31/10/2017

Aprovado em 28/11/2017

** Pós-doutora em Psicologia pela PUC-SP, doutora em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito pela mesma instituição, mestre em Direito Penal e em Filosofia pela PUC-SP. Professora associada pela USP, livre-docente em Direito Penal também pela USP. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) e da graduação em Direito da PUC-SP. Coordenadora e líder do Grupo de Pesquisas em Direito Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma, da PUC-SP, credenciado pelo CNPQ, membro titular do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, membro titular da CAASP, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCrim, membro titular da Comissão Internacional de Bioética, membro titular da Associação Internacional de Direito Penal (Paris-França), membro do Instituto Internacional de Filosofia do Direito, membro fundador da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB-SP, membro-fundador da Comissão de Bioética no Conselho Federal da OAB-Brasil, advogada. Email: mariac.leite@bol.com.br

*** Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC-SP, mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP, especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP e em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Grupo de Pesquisas em Direito Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma da Faculdade de Direito PUC-SP, advogada. Email: maraujo@aasp.org.br

expression. Its objective: access to information, knowledge and participation in cultural life. The fundamental paradigm is human dignity: the representation of self whose protection of freedom is a guarantee of the expression of personality. The posta reflection brings old issues, time, space, legal relations, legal milestones, freedom and dignity. But the new paradigms are possible with new theoretical constructions that contribute in some way so that the Law is located in a problematic virtual space and maintains the necessary connections for the conservation of the life in society, and, consequently, the protection of the human dignity. The methodology used is Topical. Topical is a way of thinking for problems, from them and in their direction. Legally, to think topically means to maintain principles, concepts, postulated with a zetestic or problematic character.

Key Words: Time. Space. Civil Framework. Human Dignity.

1. INTRODUÇÃO

O caminho empregado no presente trabalho é a tópica. A tópica permite a análise a partir do problema migrando para o sistema. O problema é trazido para um conjunto de deduções previamente dado¹, de forma a encontrar caminhos para as aporias postas.

O problema colocado se reduz à variabilidade do Direito em estabelecer marcos, fronteiras, em um mundo virtual (internet) onde o tempo e espaço parecem ter evaporados. Esses marcos construídos pela técnica da positivação têm a função de conservação da sociedade, e, portanto, a proteção do ser humano e da dignidade humana.

Em um mundo virtual e sem barreiras, mas com fronteiras marcadas pelo Direito, surgem questões seculares como a liberdade, privacidade e a preservação e proteção da dignidade. A Teoria dos Sistemas de Luhmann, ao estabelecer que a sociedade é constituída pela comunicação, traz um novo paradigma muito citado, mas pouco refletido e aplicado.

A Teoria de Luhmann revoluciona a forma de explorar e analisar a sociedade e os seus institutos. A dignidade humana é colocada em termos de processos comunicacionais e o Direito aparece como protetor da liberdade e da personalidade, tendo a função de permitir comportamentos e assegurar as expectativas.

Este artigo é dividido em três partes, as quais estão subdivididas em seis tópicos. A proposta apresenta-se da seguinte forma:

A primeira parte se concentra no primeiro tópico em que se traçam as funções e as problemáticas do Direito de estabelecer marcos em face aos fenômenos tempo e espaço. A segunda parte está concentrada nos tópicos dois e três, em que se trabalha com um cortejo teórico para fixar as premissas necessárias sobre a liberdade de expressão, a internet e a dignidade humana.

Na última parte do trabalho, estão concentrados os tópicos quatro, cinco e seis. Aqui se discute o significado da carta de princípios estabelecida pelo Marco Civil da Internet, a proteção da dignidade humana (direitos da personalidade, liberdade e privacidade), concluindo que há desafios permanentes, na Internet, para a proteção da dignidade humana pelo Direito e que a conservação da sociedade humana é possível apenas com a desconstrução e construção de paradigmas.

1 Ao discorrer sobre a tópica, Theodor Viehweg explica que “o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos de sistema, então podemos dizer, de modo mais breve, que para encontrar uma solução, o problema se ordena dentro do sistema”. Tópica e Jurisprudência. VIEHWEG Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Ministério da Justiça, co-edição Ed. Universidade de Brasília, 1979. p. 34.

2. LIMITES DO DIREITO: O TEMPO E O ESPAÇO NA INTERNET

Somos tempo personificado, e também o são nossas sociedades, formadas pela história. Mas a simplicidade desta afirmação esconde a complexidade do conceito de tempo, uma das categorias mais controversas em ciências naturais e também ciências sociais, cuja centralidade é salientada nos debates atuais [...]

CASTELLS, 1999.

A pergunta sobre os limites do Direito é paradoxal, pois o DIREITO não tem limites. Pode-se, no entanto, estabelecer fronteiras limítrofes internas ou externas, espaço-temporais ao fenômeno jurídico direito.

Na tradição, o *espaço* conhecido tem limites — o que em Roma foi essencial para estabelecer uma taxionomia e, inclusive, um critério de interpretação, o que parece não existir no espaço virtual. Nele não se reconhecem limites geográficos, como rios, montanhas, nem estatais, porque ignora governos.

Entendia-se por *espaço* o “*continente de todos os objetos sensíveis que existem*, o que hoje é definido como um *espaço do saber*, onde o ser humano se restringe ao cérebro, a um *sistema cognitivo* que se comunica com outros cérebros, configurando um espaço baseado em uma tecnologia intelectual, uma comunidade pensante.

A retirada de marcos é sobretudo o recuo de noções juridicamente delimitadas, em proveito de noções imprecisas. Mas não é só o conteúdo das normas que está em jogo, pois o fenômeno jurídico afeta a própria organização. Desaparecem os marcos que separavam as grandes categorias (ou disciplinas) entre as quais se repartem as diversas espécies de direito.

Outro tema de vivência comum do direito positivado é o *tempo*. Tercio Sampaio Ferraz Jr.² assume que o tempo é um dado fenomênico, que possui alto fator de contingência que precisa ser controlado e interfere nas decisões.

O controle do tempo mediante positivação é, assim, condição de decidibilidade. De outro, o domínio da temporalidade torna-se inerente ao próprio direito [...]. Trata-se da percepção de que o direito não está no tempo, mas é *temporal* por força de sua constituição positiva.

2.1. As categorias espaço-temporais e o paradoxo do fenômeno jurídico

O surgimento da era digital suscitou a necessidade de repensar as categorias espaço-temporais incidentes sobre o Direito e de Direito. Se a norma jurídica se refere ao *lugar* ou ao *tempo*, e se essas noções mudam pelo caráter aberto, interativo, virtual e global da *internet*, produzem uma sensível desestruturação no Direito.

Existe um novo espaço: o cibernético³ (*cyberspace*), diverso do espaço físico, maleável, posto que qualquer um pode redefinir códigos e interagir neste espaço, o que o converte em um objeto refratário às normas legais, as quais levam em conta tais elementos para decidir numerosos aspectos jurídicos. É um espaço do

2 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 7 e ss. Na *Física*, Aristóteles havia definido o tempo pela medida do movimento entre um *antes* e um *depois*. No *mundo virtual*, é difícil conceber o tempo como um *antes* e um *depois*. Como qualificar, por exemplo, o espaço em que um documento virtual é autenticado? Como contar o tempo firmado digitalmente em países distantes? Santo Agostinho, em suas *Confissões*, ao interrogar-se sobre o que “o tempo levanta dúvidas: não é o passado, porque o tempo que já passou já não é mais. Não é o futuro, pois o tempo que virá não é ainda. E o presente não passa de um átimo, entre o passado e o futuro: é quando deixa de ser e então não é; mas quando deixa de ser já é, mas é o que ainda não é, e, então não é. Diante disso, o tempo jurídico é uma conceptualização de *nada*, que curiosamente é.

3 LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito: do século XX a pós-modernidade*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2011. v. 3. *Homeostase, controle externo, previsibilidade*, esses três princípios sintetizam as características da cibernética em sua fase inicial. Essa *cibernética do equilíbrio* via as perturbações externas como perturbações, assim como a teoria da informação avaliava negativamente como “*barulho*” ou ruído qualquer interferência. A passagem para a *cibernética do desenvolvimento* implicou uma reflexão, um voltar-se da disciplina para si mesma. O observador é incluído na descrição do sistema.

anonimato, um *não lugar*, pela despersonalização que se apresenta pelo simulacro das identidades.⁴

Dessa forma, a “*desterritorialização*” se faz presente. O Estado está unido à noção de território onde exerce a sua jurisdição, e a legislação estatal depende desse nexos. Se uma tecnologia permite ingressar na jurisdição estatal sem passar pelas barreiras estabelecidas para o espaço físico, estamos com problemas.

A natureza dá saltos, explica Mario G. Losano, passa-se dessa forma de uma visão *sistemática* para uma visão *sistêmica*. Para a chamada “primeira” cibernética, de Wiener e Ross Ashby, a *auto-organização* afirma-se em sua forma moderna de *homeostase*, na qual qualquer interferência externa é perturbação, um elemento negativo. Ao contrário, para a “segunda” cibernética de Maruyama e Foerster, a interferência é concebida como um enriquecimento, visto que, ao incorporar o impulso externo, o sistema se reorganiza em função dele.

Antes, se a característica cibernética ocorria pela reação sistema e ambiente, na denominada “segunda cibernética”, um terceiro elemento é introduzido: sistema, ambiente e *observador*. Os sistemas especializados e a inteligência artificial nascem dessa segunda cibernética, que introduz um elemento fundamental das teorias luhmannianas.

Os paralelismos entre ciências físico-naturais e ciências sociais são sedutores. Uma ciência que tenha por objeto a *mudança social* ocupa-se, também, da instabilidade, aceita uma noção de sistema instável, reage à desordem com o *controle social*.

Na tentativa de pôr ordem na complexidade do mundo, Luhmann⁵ evidencia as diversas consequências a que conduz um julgamento de que a estrutura esteja dentro das coisas e não na mente do observador. De um lado, temos a racionalização administrativa imposta pela automação e de outro as exigências do Estado de Direito. A racionalidade, no caso, se estilhaça, porque se torna racional toda ação capaz de resolver problemas específicos.

O Direito tem suas funções reduzidas. Não se ocupa da verdade, nem da finalidade da ação, não está mais ligado à ética, nem à *ratio*. Como as ações operam por meio de alternativas binárias, o direito não pode justificar um comportamento: pode, apenas, permiti-lo. O próprio direito determina quais são os limites do direito, ou seja, determina o que pertence ao direito e o que está fora dele.

O *tempo virtual*, da mesma forma que o espaço, se separou das categorias que configuram o tempo real. O dia e a noite definiram o tempo para o trabalho e o descanso. Hoje, tudo pode ser feito a qualquer tempo e ao mesmo tempo, por não termos tempo.

Da mesma forma, o espaço se separou das categorias comunitárias que configuravam o tempo real. Antes havia horários reservados para certas atividades, agora desapareceram, na família, por exemplo, enquanto um passeia e se diverte o outro trabalha. Ao trabalhar em lugares fechados diante de computadores, o dia e a noite perdem o signo de referência temporal.

Uma tecnologia que nos permite ingressar na jurisdição estatal, sem passar pelas barreiras do espaço físico, possibilita: a) contratar a venda ou uso de bens de forma digital, dar publicidade, transmitir mensagens, ignorando o sistema jurídico nacional aplicável ao território em que vivem; b) violar o regime de importação ou exportação comprando bens digitalizados; c) o download de livros eletrônicos, serviços financeiros e bancários, consultoria, educação, jogos etc.

Outro aspecto de interesse é a denominada *fuga do direito*, como no caso de contratos que preveem mecanismos que neutralizam a via judicial; frente ao inadimplemento se colocam em ação garantias e não ações judiciais (*contratos imunizados no âmbito internacional*).

Há um certo consenso de que existe uma crise de visões totalizadoras, e que o fenômeno do multicul-

4 AUGÉ, Marc. *Los no lugares-espacios del anonimato, una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona: Gedisa, 1995. p. 36.

5 LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 23.

turalismo é inegável. Mas não devemos nos enganar o que está em jogo é o conteúdo das normas e não a própria existência delas. Processos que não impõem um *dever-ser*, mas tendem a modelar os comportamentos ao *normal*, ou seja, à média observável, por vezes econômica, fragmentam o Direito e o enfraquecem. Seus contornos passam a ser ilimitados.

Nesse novo mundo, de topologia ambiental alterada, as horas “se perdem” em conversações eletrônicas e o homem depende da atividade do outro *em rede*. Embora carregue seus aparelhos para onde quer que esteja, ele está limitado à capacidade de seu aparelho e limitado a um tempo adquirido (*internet*). O virtual, nesse sentido, não é tangível nem intangível, é lúdico conforme um código.

Desse modo, a sociedade da informação parece estar destruindo o antigo espaço/ tempo público, que passa a ser o espaço da aparência, do espetáculo. Veja-se, por exemplo, na preservação da atividade de informar, representar e negociar, o que justifica a existência de certos limites (direitos)?

De modo particular, a retirada de fronteiras põe em causa o princípio de razão pelo qual o Direito não é somente organização da vida em sociedade, mas modo de instituir a sociedade e o homem.

Onde está a referência que indicava o caminho?

François Ost,⁶ na obra “*O Tempo do Direito*”, relata que *Kronos* (*Cronos*) começa sua história na *indistinção do não tempo*. Para explicar articula a sua obra em três teses centrais.

- A primeira afirma que o tempo é uma *instituição social*, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Ele apresenta uma realidade objetiva pela sucessão do dia e da noite, pelo curso das estrelas, ou pelo envelhecimento do ser vivo. Também é uma experiência psíquica de um minuto do relógio (tempo cronológico), ora interminável, ora como instante fulgurante. Será reescrito pelos faraós e imperadores chineses, segundo a mudança dos reinados, comercializado nos relógios, digitalizado, dividido em *beats* e não mais em horas, minutos e segundos (84, 4 segundos = 1 beat), marcado por novos meridianos simbolizando a Internet (Swatch). Onde se nota que o tempo se *temporiza*. Um tempo que, segundo Ost, já não é exterior às coisas, como um contentor vazio e formal, mas que participa de sua própria natureza.
- A segunda tese refere-se ao direito. O direito como discurso performativo tem como função primordial contribuir para a instituição social, por meio de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade.
- A terceira tese resulta da interação dialética das duas primeiras. Estabelece um elo entre temporização social do tempo e instituição jurídica da sociedade.

O tempo do processo nos dá uma noção disso. No direito à instituição, tempo é frágil e ameaça des-temporizar-se. Finitude. Se o tempo é duração, qual o lugar da ruptura e do acaso, da descontinuidade e do instante?

3. TECNOLOGIA COMO SISTEMA: INTERNET E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ao narrar o homem se dá conta que consiste em um ser afetado por sua temporalidade e por efeitos históricos. O tema aqui tratado considera que o homem, a máquina e o Direito dispõem de *linguagem*. Esse

6 OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011. *Abertura*, nos fala de um tempo enigmático e do justo. Filho de *Gea* (terra) e de *Urano* (céu), a pedido de sua mãe, *Kronos* (*Cronos*) mutilou sexualmente seu pai, donde resultou, segundo o mito, a separação entre o Céu e a Terra. Ao fazer isso inaugura o movimento da história. Bloqueia as saídas do tempo, tanto do lado do passado como do futuro. Come seus filhos assim que Reia, sua esposa dava à luz. Até que o último deles *Zeus* o destronou e mandou para o *Tártaro*. Zeus engana o pai e o faz regurgitar os filhos que havia devorado. Este Esse tempo suspenso é repetitivo e compulsivo.

encontro entre eles, por meio da tecnologia, repercute ativamente na *hermenêutica viva* da realidade jurídica, confluindo com ideologias.

De fato, a linguagem e suas mutações, a interconexão com os computadores, tablets e celulares convergiram para a esfera de inteligência coletiva em expansão acelerada, onipresente e sem limites, composta de signos atuantes e interconectados.

A linguagem temporal apresenta a trilogia conhecida: passado, presente e futuro, com nove possibilidades que se inter cruzam. Temos assim: *Passado*: passado do passado; passado do presente; passado do futuro. *Presente*: presente do passado; presente do presente; presente do futuro. *Futuro*: futuro do passado; futuro do presente; futuro do futuro.

O termo *linguagem* nomeia um conceito que se identifica com o falar correto, isto é, com a atividade linguística, dado que o aspecto psíquico é linguagem virtual, ou seja, por um lado, memória estratificada, generalizada e formalizada de atos linguísticos reais e, por outro lado, condição e possibilidade de um novo falar concreto.

A expressão *linguagem virtual* surge na informática americana a partir dos anos 1980, para aludir à realidade perceptiva induzida por aparelhagem cibernética capaz de substituir o funcionamento fisiológico dos sentidos.

Tal realidade é chamada virtual por dizer respeito a imagens computadorizadas. Essa linguagem virtual, líquida, esparsa acaba por romper o paradigma da hermenêutica filosófica. Rompe ainda com a tradição e implica um multiculturalismo, buscando reconhecimento. Nela a tradição é substituída pela inovação.

A linguagem surge com a repetição de gestos, com o trabalho manual humano de lascas a pedra ocorrida em milhares de anos.⁷ A associação da técnica e da linguagem torna mais complexa as relações sociais e mais densa a simbologia. Com a linguagem, o homem supera o concreto, se organiza em termos espaciais e temporais, fonetiza, de forma gráfica, e chega ao alfabeto.

Toda a evolução da humanidade é possível com a expressão do pensamento pela linguagem e as técnicas e tecnologias desenvolvidas, como o alfabeto. Atualmente, com o audiovisual e as novas tecnologias, o intercâmbio entre linguagem e técnica é mais definido.

Essas novas tecnologias formam um *sistema tecnológico* novo que incluem redes telemáticas, telefônicas, o rádio, a televisão, vídeos games. Estas tecnologias convergem e, ao mesmo tempo, se integram. A *internet*⁸ é a mais nova tecnologia de informação e, em razão de sua acessibilidade e rápida expansão, ela traz impactos imediatos nas relações sociais.

Se, de acordo com Niklas Luhmann, tudo que é social e, portanto, humano é comunicação⁹, a *internet* é ambiente virtual¹⁰ (tudo que é desterritorializado, não está fixado em lugar e tempo) e digital (a informação é traduzida em número, de forma binária e processada de forma automática, precisa e em alta escala)¹¹, onde a atividade comunicativa é mais visível.

Essa nova tecnologia se tornou acessível de forma rápida, nos países industrializados, boa parte da população (quase 80%) está conectada à *Internet*. O Brasil¹², a Rússia. A Índia e a China têm taxas de acessos

7 LEROI-GOURHAN, André. *El gesto y la palabra*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971. p. 116-120.

8 “Rede de computadores dispersos por todo o planeta que trocam dados e mensagens utilizando um protocolo comum, unindo usuários particulares, entidades de pesquisas, órgãos culturais, institutos militares, bibliotecas e empresas de toda envergadura”. Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1098.

9 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 101.

10 Virtual é “toda entidade desterritorializada, capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados, sem, contudo, estar ela mesma presa a um lugar ou tempo em particular... uma palavra é uma entidade virtual”. PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010. p. 49.

11 PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010. p. 55.

12 O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgou no final de 2016 pesquisa que afirma que o acesso à internet chegou a mais de 50% de domicílios brasileiros e 92 % dos domicílios brasileiros acessaram a internet por meio do telefone celular.

elevadas¹³.

Na *Internet*, a comunicação passa a ser instantânea, horizontal e de baixo custo econômico. Isto traz impactos no tratamento da informação e da notícia, por exemplo, o que antes se concentrava na produção das redações de jornais da imprensa escrita, falada e televisiva, hoje, qualquer pessoa, com um simples celular nas mãos, é capaz de registrar um fato e espalhá-lo rapidamente pela *Internet*.

A produção da informação e a produção cultural, por meio dos meios de comunicação, foram descentralizadas e desterritorializadas. Aqui o público é hiperativo e interativo, o que faz com que haja mudanças estruturais nas teorias da comunicação.

E o avanço da tecnologia da *Internet* não fica por aí, com a *Internet* das coisas, pretende-se conectar objetos do dia a dia à rede mundial. Com ela, haverá a conexão das coisas com as pessoas, em uma rede mundial integrada, ou seja, pessoas com máquinas, recursos naturais, cadeias de produção, empresas, veículos, conectados em tempo real, buscando sistemas de automatização para melhor produtividade e baixar os custos¹⁴.

A *Internet* possibilita um maior grau de liberdade de expressão. A liberdade de expressão é algo irrenunciável do humano, e nem mesmo em Estados autoritários e totalitários, que tentam contê-la de forma opressiva, a liberdade de expressão existe. É impossível o humano não pensar, não falar. Ao mesmo tempo, o ser humano não possui os mesmos juízos, porque os juízos dependem das paixões de cada um.

Assim, o Estado não tem como anular, totalmente, a liberdade de expressão, porque o Estado é incapaz de fazer com que o homem não opine ou não demonstre os seus afetos, não havendo forma de o Estado fazer o homem exprimir apenas a partir de prescrições estatais.¹⁵

Entretanto, a liberdade de expressão não é um valor superior aos demais, mas ela deve preexistir, porque a lei não pode impor limites impossíveis. Essa liberdade não implica uma discussão *transcendental*, mas *factual*. No campo do Direito, é uma questão da “eficácia real da norma jurídica”, pois o Direito só regula o que lhe é possível.

A liberdade de expressão é como uma virtude do humano e, portanto, impossível de sofrer proibição legal, além de ser imprescindível para o desenvolvimento da cultura, da arte e das ciências.¹⁶ Pelas características da própria *Internet*, ela representa a própria liberdade de expressão em si, porque a amplia e a efetiva — de forma nunca vista antes.

Já no século XVIII, se compreendia que não se pode retirar a liberdade de expressão nem concedê-la de forma corrosiva (Spinoza: 1997). Tanto no ambiente virtual como em outros ambientes, a liberdade de expressão pode e deve ser concedida a cada um sem prejuízo ao Direito, dado que não é possível que, em nome de tal liberdade, se destruam as leis estabelecidas. A liberdade só é possível dentro de um campo de mínima normatividade, guiada pelo Direito¹⁷.

A liberdade de expressão é concedida e livremente usufruída para a preservação da sociedade, do Direito e do indivíduo. Sua importância e necessidade é demonstrada nos próprios ordenamentos jurídicos, princi-

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-celular-se-consolida-como-o-principal-meio-de-acesso-internet-no-brasil>. Acessado 27/02/2017.

13 PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010. p. 55

14 RIFKIN, Jeremy. *La sociedad de coste marginal cero, el Internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*. Barcelona: Paidós, 2014. p. 24

15 SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya, 1997.

16 SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya. 1997. Cap. XX.

17 Tércio Sampaio Júnior citando Kelsen explica que “o indivíduo é livre porque a norma lhe impõe uma conduta, diante de várias possibilidades. Essas possibilidades estão predeterminadas (por razões fisiológicas, psíquicas, sociais, históricas), mas a imputação de uma sanção a uma delas a torna “livre”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Altas, 2003. p. 114

palmente os da cultura ocidental, que mantêm tal liberdade como direito fundamental, no plano constitucional, e como direito humano, no plano dos sistemas internacionais (convenções e tratados).

Agora, com a *Internet*, países do mundo e organizações internacionais tentam manter a regulamentação desses espaços, e, pelo menos em textos e exposição de motivos de leis, tratados, convenções, sinalizam para maior potencialização da liberdade de expressão no espaço da Internet, uma vez que a sua proibição ou limitação desproporcional, ou seja, que não vise à preservação da sociedade, do Direito e do indivíduo, é impossível na Internet, dada as próprias características desta tecnologia.

4. A LIBERDADE E A DIGNIDADE HUMANA

Em termos gerais, tem-se que o ser humano é o único ser capaz de manter a liberdade em relação ao tempo e ao espaço. Isto porque o instrumento para o homem é um “capital técnico”, que maneja as noções de tempo e de espaço. Ao mesmo tempo, a linguagem faz com que haja “a ideia de um tempo sem limite”, capaz de formulação de conceitos e a abertura de possibilidades.¹⁸ A liberdade aparece como uma invariante do humano.

Niklas Luhmann critica a dogmática constitucional que interpreta conceitos como liberdade e dignidade, sem considerar as ciências que se ocupam do humano e da sociedade, bem como os avanços dos últimos séculos. Ao fazer tal opção, se interpreta a personalidade¹⁹ como uma substância, distinguindo o homem sempre do animal, colocando o social sempre posteriormente ao humano, separando a dimensão social da pessoa social.

Para uma concepção funcional, se faz necessário mudar o conceito de personalidade como substância, ou seja, o sentido do idêntico, para outro conceito que é a autoidentificação do humano como acontecimento realizado no social.

Niklas Luhmann, ao discorrer sobre liberdade, faz sua inter-relação com a dignidade humana, a comunicação e a representação social de cada indivíduo. O ser humano deve ser capaz de “referir sua ação a muitos

18 MALSON, Lucien. *Les enfants Sauvages*. Paris: 10/18, 1964. p. 37.

19 No podemos ofrecer en este contexto ninguna teoría psicológica adecuada de la personalidad y, por eso, también debemos renunciar a confrontarnos con el complejo de problemas más importante de esta teoría: las preguntas por la diferenciación interna de la estructura de la personalidad. Que las personalidades son estructuras sistémicas diferenciadas, puede darse por bastante aceptado —habría tan sólo que remitirse a las teorías pioneras de construcción de la personalidad de Sigmund Freud y de George H. Mead. De no ser ella misma una unidad estructuralmente diferenciada, la personalidad humana no podría constituirse como sistema relativamente autónomo en un entorno diferenciado. La forma de la estructuración —sobre todo la función del yo conscientemente objetivado y su presentación socialmente orientada para la construcción total de la personalidad— y el volumen de las posibilidades de compensación entre las esferas específicas de la personalidad, se discuten ahora tanto, que no podemos remitir a concepciones globales reconocidas. Por esta razón, nos contentaremos en lo que sigue con los conceptos gruesos de “personalidad” y “presentación-de-sí-mismo” y presupondremos que bajo esos conceptos se entiende una estructura altamente compleja y diferenciada de procesamiento de vivencias —estructura que, en un determinado momento, no puede presentarse como siendo en su totalidad consciente ni siendo en su totalidad social—. LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 148-149. Não podemos oferecer nesse contexto nenhuma teoria psicológica adequada da personalidade e, por isso, também devemos renunciar a confrontar com o complexo de problemas mais importante desta teoria: as perguntas pela diferenciação interna da estrutura da personalidade. Que as personalidades são estruturas sistemáticas diferenciadas —pode ser dado por aceito— haveria tão somente que remeter as teorias pioneiras de construção da personalidade de Sigmund Freud e de George H. Mead. De não ser ela mesma uma unidade estruturalmente diferenciada, a personalidade humana não poderia constituir-se como sistema relativamente autónomo, em um entorno diferenciado. A forma de estruturação — sobre a função toda função do eu conscientemente objetivado e sua apresentação socialmente orientada para a construção total da personalidade — e o volume das possibilidades de compensação entre as esferas específicas da personalidade se discutem agora, tanto que não podemos remeter a concepções globais reconhecidas. Por essa razão, nos contentaremos no que segue com os conceitos grossos de personalidade e “representação de si mesmo” e pressupondo que baixo esses conceitos se entende uma estrutura altamente complexa e diferenciada de processamento de vivências — estrutura que, em um determinado momento, não pode apresentar como sendo em sua totalidade consciente nem sendo, em sua totalidade” (TRADUÇÃO NOSSA)

sistemas sociais e unificar suas exigências desequilibradas, para tanto deve o comportamento humano manter uma linha pessoal de continuidade convertendo-a em representação social para ter aprovação.”²⁰

A representação social não segue um modelo, embora seja pessoal porque está intrinsecamente relacionada à constelação individual de cada um, dado que cada um tem sua história de vida, sua aparência física, sua formação, seus êxitos, sua inteligência, suas relações e sua independência interior. Assim, os seres humanos têm o direito de ser respeitados em suas ações na medida em que elas colocam em evidência a congruência pessoal interna de cada indivíduo²¹.

Para Luhmann, a ordem social não é inimiga da personalidade, contudo, o contrário não é certo. As *sociedades diferenciadas*²² apoiam-se nas personalidades como ponto fixo de suas exigências sociais, portanto, se investe nos indivíduos. Persegue-se um caminho de uma representação mais consciente do indivíduo, uma *generalização da representação* em detrimento da ideia de homem-massa.

Para solucionar a questão da *generalização da representação*, deve o Estado concentrar esforço para a garantia da liberdade. O Estado é pré-condição da liberdade, da mesma forma que o Direito também o é. A liberdade “se torna racionalmente regulável como forma de programa-de-decisão”, onde o Estado, ao mesmo tempo que é pré-condição da liberdade, é também um potencial agressor da liberdade.

Dessa forma, o Estado, ao regular a liberdade, toma uma decisão e, na qualidade de potencial agressor, volta a decidir sobre a liberdade; o que no aspecto pessoal pode ser uma perda ou um ganho em relação à liberdade.

Tanto a liberdade como a dignidade são as “condições fundamentais de êxito da representação fundamental de si mesmo de um ser humano como personalidade individual.”²³ O ser humano é um indivíduo, sendo um sistema orgânico, porém, somente adquire individualidade consistente ao representar a si mesmo, quando interage socialmente.

A interação só é possível quando se cumprem as exigências dos contatos comunicativos. São as necessidades e condições da interação que individualizam e socializam o ser humano. A individualidade do ser humano, enquanto personalidade,²⁴ só é possível em sociedade, quando “a representação de si mesmo se aceita seja mediante o consenso ou o dissenso”. A liberdade e a dignidade são as condições da existência humana.

O plano da liberdade, na Teoria de Luhmann, não está relacionado às realizações, mas às representações simbólicas, ou seja, no plano das comunicações. Luhmann define a liberdade como “aspecto simbólico do atuar” que não se confunde com o valor, porque ela é pressuposto para a eleição do valor. Explica o autor:

[...] que liberdade é liberdade de ação, mas não outorgada pela arbitrariedade da execução física da ação ou por seus efeitos físicos, mas como fundamento de atribuição para o sentido comunicativamente apreensível do atuar.²⁵

Para entender o plano da liberdade, deve-se relacioná-lo como uma implicação simbólica do atuar, que não se esgota em um instante, não estando percebido na atuação de quem atua nem de outros seres humanos, porque é pela generalização que se assegura o complemento da atuação dos papéis humanos. Quando desenvolve um papel, o ser humano não o faz para si, mas para dar visibilidade.

A “representação de si” tem como pressuposto a liberdade frente à coação e às expectativas sociais rí-

20 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 139.

21 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 141.

22 Sociedades complexas no sentido perseguido pela teoria dos sistemas sociais.

23 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 148.

24 A identidade pessoal definida nos jogos de papéis no contato com a sociedade não se confunde com o papel desenvolvido de forma circunstancial. Não se perde a identidade quando se atua de forma equivocada. LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 150.

25 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 169.

gidas, mas não escapa da determinação. A liberdade é levada ao plano da comunicação social.²⁶ De acordo com Luhmann, a “representação de si mesmo é o processo mediante o qual cada ser humano se torna pessoa ao comunicar-se com outros e, com isto, se constitui em sua humanidade.”²⁷

As “representações de si mesmo” podem ser atacadas pelo próprio ser humano ou por ameaças externas, pois sempre há mais informações disponíveis do que a capacidade de o ser humano assimilá-las. Cada comunicação do ser humano coloca em risco a sua dignidade e, para se defender, o ser humano oculta muito de si.

Nas sociedades civilizadas, as autorrepresentações são artificiais, não existindo modo de conservação sem uma disciplina social, logo, há limitação de percepção e comunicação, para proteger aquilo que se denomina de intimidade, não podendo exigir-se informações que coloquem em descrédito a representação pública de si. Assim, a ordem jurídica demarca o espaço de o próprio atuar, nesse espaço não deve haver intromissões.

A ordem social está preocupada com a manutenção da dignidade, portanto, institucionalizam-se a dignidade e a liberdade, uma vez que estas são condicionantes mútuos, porque são necessárias à *representação de si mesmo* no processo de comunicação.

Para Luhmann, a dignidade se refere às questões e condições da representação em si, relacionadas ao interno; enquanto a liberdade está relacionada ao externo e, desse modo, ambas são inter-relacionadas.

A liberdade de desenvolvimento da personalidade, por exemplo, se refere à representação do ser humano como personalidade e unidade individual autoconsciente. Isto é, um simbolismo autorreferido que inclui o direito à movimentação do próprio corpo.

É um direito de *representação de si mesmo* que se realiza pela expressão do próprio corpo, incluindo outras liberdades, como a de culto, opinião, a de possuir propriedade e participação política, porque elas garantem a expressão da personalidade, protegendo “os componentes simbólico-expressivos do atuar livre”.²⁸ O direito de liberdade é a possibilidade das comunicações intencionais, ou não, para que se tenha um autoconceito de si mesmo e o reconhecimento e a confirmação social.

No campo do Direito, pode-se dizer que a liberdade — como invariante do humano e, portanto, indispensável para sociabilidade — é indissociável do Direito, pois este é núcleo básico da sociabilidade, sendo que a liberdade também é resultado do Direito.

Ao mesmo tempo, a individualidade do ser humano é referida a partir da representação de si mesmo, que só é possível no campo das interações sociais e das comunicações, em que a liberdade é pressuposto para a eleição das eleições e para a construção e o reconhecimento da *representação em si (dignidade humana)*.

Nesse ponto, o Direito estabelece um sistema normativo de proteção dessas *representações em si* e das conexões com a sociedade para a própria conservação do ser humano, da sociedade e da humanidade, e do próprio sistema do Direito. O Marco Civil inicia a caminhada para a proteção das “representações em si” na Internet.

5. POSSIBILIDADES OU IMPOSSIBILIDADES DA “NOVA CONSTITUIÇÃO NA INTERNET”

A desterritorialização e virtualidade na Internet colocam a figura do Estado em aparente desconforto em face da dificuldade de controlar esses fenômenos. O “controle estatal sobre o espaço e o tempo fica

26 Liberdade já não pode significar, atualmente, liberdade frente a toda causa da ação que pode descobrir-se cientificamente, porque então haveria liberdade alguma, mas unicamente: liberdade com respeito a causas exteriores socialmente manifestas, já que só estas são as que delimitam a atribuição pessoal da ação e obstaculizam, com isto, a representação de si mesmo da pessoa e a constituição social da personalidade individual.

27 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 158.

28 LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 170.

superado cada vez mais pelos fluxos globais de capitais de bens, serviços, tecnologia, comunicação e poder”.

De forma mais radical, há quem defenda uma nova soberania do “ciberespaço”, sem prejuízo das soberanias estatais²⁹. A questão da fronteira para a regulamentação da *internet* também traz complicadores em razão da aplicação da lei, como a competência territorial de foro, alcance das decisões judiciais.

Tais situações podem ser exemplificadas em alguns casos que ocorreram. O primeiro aconteceu na França, no início do século XXI. A empresa *Yahoo*, americana, abriu uma sucursal na França e dentro de um *site* possibilitou que usuários pudessem colocar material e vender.

Logo foi incluído no site material de cunho nazista sendo a legislação francesa proibitiva sobre esse aspecto, a *Yahoo* foi condenada pelo Tribunal francês a retirar o material. A empresa recorreu ao Tribunal americano e dado que a Primeira Emenda não impõe esse tipo de limite à liberdade de expressão, proibindo a interferência estatal, o Tribunal deu razão ao grupo. A decisão foi revista em 2006 por uma Corte de Apelações americana. Entretanto, a *Yahoo* retirou o material por razão de questões de mercado, especialistas consideravam arriscada a manutenção no *site* que atraía polêmicas³⁰.

Em 1996, o médico particular do presidente da França, François Mitterrand, publicou um livro que colocava questões relacionadas à morte do presidente. Na França, a Justiça considerou a publicação violadora da intimidade, determinando a suspensão e a apreensão da obra. Mas, a obra foi traduzida em inglês por ativistas da liberdade de expressão e a difusão da mesma saiu do controle das autoridades francesas³¹.

Esses casos referem-se ao início da popularização da Internet, mas demonstram que há controvérsias cujas respostas se tornam difíceis, se depender apenas da soberania de um Estado-Nação. Porém, os Estados estão “a reconhecer que as leis nacionais estão circunscritas nas fronteiras nacionais e recorrem cada vez mais a legislações extraterritoriais”³².

Para os que defendem que o Direito do Ciberespaço não pode ser confundido com o Direito estatal e com o Direito internacional, apontando a decadência dos marcos legais de caráter territorial, surge a hipótese de uma Constituição do Ciberespaço e uma Declaração de Direitos do Ciberespaço.

Para tanto, seriam necessários entes que organizassem o ciberespaço e se articulassem, por meio de uma Constituição, aprovada por referendo por todos os cidadãos do mundo, por voto digital. A Constituição deveria atuar no marco das Nações Unidas, buscando reconhecimento por meio de Tratados Internacionais.³³

No Brasil, o Marco Civil da Internet foi festejado por muitos como “a nova constituição da Internet³⁴”, “Carta de Direitos³⁵” dos internautas, pois o marco assegura direitos e liberdades dos usuários, protegendo basicamente a liberdade de expressão, a privacidade, a proteção dos dados e a cidadania e participação no mundo digital.

29 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Madrid. 2001. p. 347.

30 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Lo público y lo privado en Internet*. Intimidad y libertad de expresión en la Red, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 143.

31 MALSON, Lucien. *Les enfants Sauvages*. Paris: 10/18, 1964. p. 143.

32 GEIST, Michael. «Cyberlaw 2.0». *Boston College Law Review*, n. 44, p. 323-332, 2003. Para un argumento relacionado, véase FAGIN, Matthew. «Regulating Speech Across Borders: Technology vs. Values». *Michigan Telecommunications Technology Law Review*, n. 9, p. 395, 2003.

33 LLINÁS, Emilio Sune. *Teoría Estructuralista del Derecho*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2006. p. 226.

34 “O secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Gabriel Sampaio, considera o Marco Civil uma verdadeira Constituição da internet no Brasil. “É uma legislação fundamental porque promove direitos e garantias dos usuários da Internet, estabelece os princípios e as diretrizes para a construção de uma internet democrática e que incentive a inovação e a privacidade dos seus usuários.” <http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/04/neutralidade-liberdade-de-expressao-e-privacidade-conhecimentos-pilares-do-marco-civil>

35 <http://www.idec.org.br/em-acao/revista/falta-fruta-na-caixinha/materia/a-constituico-da-internet>. Acessado em: 28 fev. 2017.

6. O MARCO CIVIL: PARADIGMA PARA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A “aldeia global” lançada, no final das décadas do século passado, pelo teórico McLuhan, tornou-se uma realidade concreta e visível na Internet. Ao discorrer sobre a ideia de aldeia global, McLuhan considera três etapas, a tribalização que seria uma etapa primitiva; a destribalização – ocorrida pela fase de linearidade da tipologia e, por último, a retribalização, consequência direta dos avanços tecnológicos.

A internet traz um novo paradigma³⁶ e produziu uma espécie de retribalização. No espaço da rede, todos os conectados estão ao alcance um dos outros, independentemente de distâncias, surgindo, para o autor, “a cultura eletrônica que [...] coloca-nos frente a frente com uma situação na qual sociedades inteiras se entre comunicam por uma espécie de ‘gesticulação macroscópica’ que não é, em absoluto, linguagem no sentido corrente³⁷.”

Essa aldeia global digital é constituída por povos de diversas culturas, tradições, costumes, identidades, histórias, sistemas e ordenamentos jurídicos. Mas, longe de ser uma comunidade abstrata, a aldeia global é uma comunidade real, em que as relações humanas e as comunicações ocorrem gerando inúmeras e impensáveis possibilidades.

Na aldeia global, as inúmeras comunicações possíveis criam hábitos, culturas. O Direito, enquanto técnica social existente desde as sociedades tribais com fórmulas muitas vezes de caráter retributivo³⁸, se faz presente na aldeia global, criando norma, marcando fronteiras, novos direitos humanos que visam a proteção da dignidade humana.

No início da Internet, a expectativa inicial girava em torno da necessidade ou não de regulamentar a rede, impor limites, marcos. Tais limites poderiam obstaculizar à liberdade de expressão e o fluxo de informações na internet. Para solucionar a ausência de regulamentação estatal, foram criadas iniciativas privadas, como a utilização do protocolo TCP/IP e os Comitês Gestores da Internet.

A ausência de marco imposto pelo Direito gerava, ao mesmo tempo, a imposição de critérios tecnológicos orientados por diversos interesses que poderiam prejudicar a própria liberdade de expressão e as demais liberdades, sendo necessária a adoção de normas impostas, como a neutralidade da rede, para a manutenção do próprio fluxo de comunicação ocorrida no ambiente.

Ao mesmo tempo, as normas jurídicas estabelecidas pelos poderes constituídos para as relações sociais territorializadas se tornaram ineficazes para manter as expectativas das relações acontecidas na rede, que longe de ser um ambiente paralelo, é parte da vida daqueles que a ela estão conectados.

As problemáticas ocorridas nesse ambiente, como a violação de dados, privacidade e as tentativas de limitação da liberdade de expressão recebiam críticas e tentativas de solução alicerçadas na ideia de direitos civis do *indivíduo* da sociedade liberal, ignorando totalmente a dimensão coletiva da sociedade de redes³⁹.

O ambiente da internet trouxe inúmeros desafios como a preservação da liberdade de expressão, a proteção da personalidade, a dificuldade de armazenamento de dados privados disponíveis na web, como fotos, textos, vídeos, a regulação das relações comerciais, a proteção dos direitos autorais, o anonimato para causar danos ou prejuízos a outros, as inúmeras fraudes para obtenção de vantagem, os danos causados pelos vírus, furto de dados mediante fraude.

36 A noção de paradigma no campo da epistemologia foi introduzida por Thomas Kuhn (1922-1996). Em princípio a noção foi aplicada às ciências puras e consiste no conjunto de conhecimentos, práticas científicas, critérios, padrões aceitáveis, enunciados e concepções sobre um determinado ramo do saber.

37 MCLUHAN, M. *Guerra e paz na aldeia global*. Rio de Janeiro: Global, 1971. p.35-37

38 HANS, Kelsen. *O que é Justiça?* São Paulo: M. Fontes, 2001. p. 225 ss.

39 LADEUR, Karl-Heinz. Novos Institutos Para A Proteção Da Privacidade E Dignidade Pessoal Na Comunicação Pela Internet - “Corretor De Informações”, “Cortes Privadas Cibernéticas” E Redes De Contratos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, 2013.

O Marco Civil da Internet brasileiro realiza uma regulamentação de uma vida *on-line* conectada com o mundo *off-line*. O *on-line* e o *off line* não podem ter dimensões paralelas, ambos fazem parte de uma sociedade onde o humano se faz presente, a preservação dessa sociedade passa pela proteção da dignidade humana e, por consequência, pelo respeito à liberdade de expressão, a proteção à privacidade, aos dados e a uma cidadania ativa no espaço virtual.

Questões como o anonimato continuam a causar debates no mundo *off-line* e *on-line* sendo um ponto crucial para as relações ocorridas na Internet. Em várias sociedades democráticas, a liberdade de expressão exclui a possibilidade do anonimato. Essa normativa está inclusive prevista na Constituição brasileira que proíbe de forma taxativa a possibilidade de anonimato (artigo 5º, IV). A proibição do anonimato está associada a um regime jurídico que estabelece a responsabilidade para o exercício das liberdades, dentre elas, a de expressão.

Mas, na rede, a ausência de normas claras no mundo *on-line* sobre a proibição do anonimato estimula cada vez mais o anonimato, estimulado também que uma pessoa se passe por outra pessoa, quebrando assim, qualquer expectativa de confiança nas relações sociais.

Nesse quesito relacionado às fraudes, ao uso de perfil falso (*fake*), por exemplo, o Marco Civil passou longe, e até mesmo a legislação brasileira que trata dos aspectos penais, a chamada lei “Carolina Dieckmann (12.737/2012) não tratou de questões como o estelionato digital, que acontece com o uso não autorizado de dados financeiros na Internet e que está sendo capitulado como furto mediante fraude.

Os falsos perfis (*fakes*) atingem a todos, além de suas vítimas habituais, como celebridades, políticos, autoridades. Mas os *fakes* espalham nas redes verdadeiras ondas de boatarias, calúnias, difamações cujos danos são ilimitáveis. Em períodos eleitorais, os *fakes* têm sido usados de forma ostensiva para disseminar inverdades sobre candidaturas e partidos-políticos.

O tema traz embates, mas o estado da Califórnia, por exemplo, considera o prejuízo da falsa identidade digital relevante, apenando com multa de 1000 dólares e pena de prisão de até 1 ano o proprietário do perfil falso.

Uma das funções do Direito é assegurar a expectativa para as decepções previsíveis, utilizando mecanismos que permitem tornar mais provável o cumprimento da expectativa, como a possibilidade de e sancionar um comportamento desviante.

As expectativas não são um prognóstico de um comportamento, mas as coordenações dos comportamentos dependem de que os seres humanos se comportem de acordo com elas ou como indica, por exemplo, o Direito. É necessário o respeito, por exemplo, às normas de trânsito ou a expectativa de que se alguém vai ao restaurante pague a conta.

O Direito pode tanto limitar um comportamento como abrir as possibilidades para comportamento que sem a possibilidade jurídica seria impossível existir, por exemplo, ao criar o direito de propriedade, segundo Luhmann, se criam várias possibilidades de comportamentos. Nem sempre o Direito consegue garantir um determinado comportamento, mas a norma diminui o erro do cálculo sob a expectativa.

A necessidade de impor marcos e limites na aldeia global se tornou uma realidade intransponível recheada de problemas, como a coexistência de várias ordens jurídicas que podem ser contraditórias entre si e a formação normativas de redes que pode estar associada às relações verticais e à construção de assimetrias internas.⁴⁰ Mas o Direito a partir da positivação possui mecanismos de controles que precisam ser aperfeiçoados para manter a conservação da sociedade humana. Sem a preservação da liberdade de expressão e da privacidade, a conservação da sociedade humana está em risco.

Nesse contexto, os textos jurídicos que protegem a atividade de comunicar só podem ter efetividade plena se houver liberdade de expressão. Em outras palavras, a comunicação como direito humano só será

40 TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais*: Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283.

realmente efetivada se a liberdade de expressão for real. Do ponto de vista da sociedade, garantir uma plena liberdade de comunicação é crucial para o desenvolvimento humano em todas as dimensões. A proteção do Direito de forma positivada à liberdade de expressão constitui a proteção da existência humana e de forma mais profunda de sua existência. Em uma só ideia, a proteção da liberdade de expressão e da privacidade, por si só, constituem importantes aportes para a proteção da dignidade humana.

Os direitos fundamentais surgem para criar e manter as condições que asseguram a liberdade e a dignidade humana.⁴¹ Se a cidadania é a força viva da democracia e, sendo dela que emergem os direitos,⁴² a liberdade só é possível quando se decide por si só, sobre assuntos próprios, colaborando, de forma responsável, na vida em comunidade.⁴³ Assim, indivíduo ou grupo devem ter a possibilidade de afirmar sua vontade, criando-a livremente, sendo ator de seu ambiente.⁴⁴

A liberdade e a dignidade da pessoa humana estão inter-relacionadas com a comunicação, não existindo sem ela, e ao mesmo tempo, são indispensáveis para que a interação ocorra no âmbito social. Nas palavras de José María Desantes:

Em qualquer caso, sem embargo, a comunicação é um direito fundamental e fundamentante, efeito e causa da comunidade. A comunidade, por elementar que se conceba, necessita da comunicação. Mas a comunidade, em geral ou tomada em sentido universal, não é concebível sem um mínimo de comunicação entre seus membros. O progresso do sentido comunitário, que vai da comunidade de convivência à comunidade de cooperação, queda estancado enquanto se coíbe, de qualquer modo que seja, a comunicação⁴⁵.

O Marco Civil brasileiro reafirma a liberdade de expressão, o que gera mais comunicação e possibilidades, e impõe limites às relações desenvolvidas no ambiente da Internet, determinado ainda, em seu artigo 4º, que a disciplina do uso de da internet deve promover o direito ao acesso à internet a todos, o acesso à informação, ao conhecimento, e a participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos.

A internet cria uma aldeia global, um mundo *on-line* conectado ao *off-line*, Marco Civil ao ser estabelecido tem como tarefa proteger a dignidade humana e a participação de todos nessa plataforma, sendo a novel legislação o primeiro passo para que haja políticas públicas que garantam as promessas ali lançadas.

7. O MARCO CIVIL DA INTERNET E PROTEÇÃO A DIGNIDADE HUMANA

A Constituição brasileira determina, em seu artigo 1º, que são fundamentos da República, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

A intitulada “Carta de Direitos” dos internautas, Lei 12.965/2013, estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da Internet e estabelecem direitos importantes para a proteção da dignidade humana. Vários princípios adotados na legislação constam nas diretrizes para a regulação do setor, recomendados pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

A lei, em seu artigo 2º, determina que o uso da internet tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade, o exercício da cidadania em meios digitais, a pluralidade e diversidade, a abertura e a colaboração;

41 “Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual”. HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen et al. 2. ed. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 89.

42 Para Hannah Arendt, a cidadania consiste no “direito a ter direitos”.

43 *Ibid.*, p. 90.

44 GUSSE, Isabelle. *Diversité et indépendance des médias*. Canad: Université de Montréal, 2006, p. 19-20.

45 DESANTES, José Maria. *La información como Derecho*. Madrid: Nacional, 1978. p. 370.

a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede.⁴⁶

O artigo 3º estabelece como princípios⁴⁷ para a disciplina do uso da internet, a garantia da liberdade de expressão; a comunicação e a manifestação de pensamento, de acordo com a constituição; a proteção da privacidade, dos dados, na forma da lei; a preservação e garantia da neutralidade; 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; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; preservação da natureza participativa da rede; a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não afrontem os demais princípios da lei.

Os dois artigos citados demonstram que o Marco Civil pretende ser uma carta de direitos, uma constituição para a Internet. Assim, os direitos declarados na Constituição brasileira garantidores da dignidade humana são reafirmados, como a liberdade de expressão, a personalidade e por consequência a proteção à intimidade e privacidade, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, o exercício da cidadania e a orientação na finalidade social do objeto regulamentado.

7.1. Privacidade e Intimidade

Dentre as proteções à dignidade humana trazidas pelo Marco Civil, destacam-se as proteções à privacidade e à intimidade. Os artigos 7º e 8º dispõem sobre os direitos e garantias dos usuários, garantindo a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a indenização material e moral no caso de violação, inviolabilidade e sigilo das comunicações pela internet, bem como no armazenamento destas, salvo por ordem judicial.

Os dispositivos protegem direitos relativos à personalidade, que guardam relação direta com a dignidade da pessoa humana, equilibrando, desse modo, a liberdade no âmbito comunicacional, com a dignidade da pessoa (representação de si), que consiste em uma liberdade interior.

As duas proteções (liberdade de comunicação e dignidade) são necessárias para a liberdade em sentido amplo e para a sociabilidade, mantendo, desse modo, o texto constitucional uma harmonia, embora exista um conflito aparente, vislumbrado no dia a dia no caso concreto.

A privacidade e a intimidade podem ser consideradas termos similares e a distinção no âmbito do Direito pode não fazer muita diferenciação para fins de proteção. Por isso, parte da doutrina jurídica não faz a distinção. É comum as obras de outros países tratarem apenas de intimidade ou privacidade para discutir o assunto. No Brasil, boa parte da doutrina faz a distinção, mesmo porque a própria Constituição brasileira, em seu inciso X, artigo 5º, fala em intimidade e vida privada.

A violação da privacidade e da intimidade não é algo inerente ao novo sistema tecnológico no qual a *Internet* está inserida. Mas a tecnologia permite que haja um maior controle das condutas humanas, colocando a privacidade e a intimidade em risco permanente de violação. No ambiente digital, é mais facilmente violado o sigilo de correspondência, comunicações, bancário e fiscal, além de ausência de proteção de dados pessoais e vulnerabilidade da imagem, da honra e do direito de ser deixado em paz⁴⁸, ou direito ao esquecimento⁴⁹.

46 “As tecnologias da informação e comunicação (TICs) são cruciais para o desenvolvimento político, econômico, social e cultural, e são um elemento essencial para a redução da pobreza, a criação de emprego, a proteção ambiental e a prevenção e mitigação de catástrofes naturais”. OEA. Assembleia Geral. Utilização das telecomunicações / tecnologias da informação e das comunicações para a criação de uma sociedade da informação integradora. AG/RES. 2702 (XLIH-O/12). Acesso em 26/07/2015.

47 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.

48 *Right to be alone*. O “direito a ser deixado em paz” foi mencionado a primeira vez em um artigo publicado na *Harvard Law Review* 4-193, em 1890, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis, com o título “The Right to Privacy”.

49 Direito civil constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litúgio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram

A proteção que se faz necessária é realizada com base em leis que limitem o poder de particulares ou dos entes estatais de invadir um espaço individual que deve ser protegido⁵⁰ De forma tradicional, se coloca que, quando estamos em espaços públicos, nossa privacidade evapora⁵¹, porque, ao estarmos em público e nos mostrarmos em público, renunciamos ao direito de controlar aquilo que os demais não devem saber. Com as novas ferramentas tecnológicas, seja na *Internet* ou nos espaços físicos, as condutas passam a ser registradas com mais facilidade e os registros divulgados rapidamente.

Ao realizar o acesso à *Internet*, o usuário passa a manter-se em constante possibilidade de violação. É possível que sites depositem cookies nos computadores dos usuários e, ao compilar dados, mesmo que sejam autorizados pelos usuários, possam compartilhar com outros os dados. A principal empresa de busca da *Internet*, a *Google*, faz associações das buscas dos usuários a contas de *e-mails* destes, registrando sempre as buscas.

A partir das buscas pela rede recebe-se uma montanha de publicidade relacionada aos termos utilizados, sendo as buscas vinculadas à publicidade, para que se direcione melhor o produto em venda.

A Agência de Segurança Nacional – NSA americana controla mais de 650 milhões de conversas, por telefone, ao dia, de forma totalmente automática. O sistema registra a comunicação em tempo real. Os correios eletrônicos (*e-mails*) registram todas as mensagens dos usuários, sem o mínimo de controle pelos mesmos⁵². No mesmo momento em que o Estado pode ameaçar a intimidade e a privacidade das pessoas; as entidades privadas reúnem dados para tornar o comércio mais eficaz, copilando dados para manipulação dos desejos.⁵³

Lawrence Lessig considera que a própria arquitetura/código poderia ser utilizada para a proteção da privacidade e da intimidade, citando como um modelo possível a PET, acrônimo de Privacy Enhancing Technologies, onde o usuário tem maior controle de seus dados⁵⁴

O Marco Civil optou por cláusulas abertas que prejudicam, de alguma forma, a normatividade instantânea da mesma, uma vez que há necessidade de interpretação mais elaborada para sua aplicação. Entretanto, a lei protege e dificulta em vários momentos a violação da intimidade e da vida privada, colocando, como regra, o Judiciário como órgão que pode violar o sigilo das comunicações.

Assim, a disponibilização de dados e registros de concessão, bem como dados pessoais, guardados pelo provedor pode ser realizada mediante ordem judicial. Da mesma forma os conteúdos das comunicações privadas podem ser requisitados mediante ordem judicial (art. 10).

O parágrafo único excepciona a regra, determinando que sejam informados a qualificação pessoal, a filiação e o endereço, para as autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Ainda, o artigo 7º proíbe o fornecimento para terceiros de dados pessoais, registros de conexão e de acesso, podendo o usuário permitir tais situações em caso de livre consentimento, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

A coleta e armazenamento de dados somente podem ser realizados quando justificado, permitida por lei e especificadas para o usuário, devendo haver o consentimento expresso sobre a coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais. O usuário poderá solicitar a exclusão definitiva de seus dados pessoais ao término da relação jurídica que originou a coleta das informações.

pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. (STJ REsp 1334097 / RJ RECURSO ESPECIAL. 28/05/2013).

50 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 326.

51 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 326.

52 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 334.

53 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 354.

54 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.p 344.

O parágrafo único, do artigo 8º, determina que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem a privacidade e a liberdade de expressão e que viole o sigilo das comunicações.

O artigo 14 proíbe, expressamente, que, na provisão de conexão, haja guarda dos registros de acesso a aplicações de Internet, devendo o provedor de aplicações de Internet manter os respectivos registros de acesso a aplicações de Internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses.

O Marco Civil brasileiro mantém uma intransigente proteção à intimidade e à privacidade, nos moldes previstos na Constituição (são invioláveis a vida privada e a intimidade), salvaguardando um conjunto de providências para a defesa de tais direitos. Entretanto, falta a lei anunciada no artigo 3º, inciso III do marco civil, o que deixa sem efetividade a proteção de dados pessoais.

Mas o Marco Civil coloca o usuário em relação de completa passividade, dependendo das prestadoras de serviço e do Estado para resguardar os referidos direitos. O usuário, após aparecerem na tela textos escritos, consente ou não consente o uso de seus dados e a invasão de sua privacidade, por meio de uma simples adesão (clikando em sim ou não).

Nesse ambiente, o usuário não tem a mínima chance de controlar seus dados e as barreiras para guardar seus segredos, continuando refém das grandes empresas, sem que tenha acesso a nenhuma política de transparência, em relação aos manuseios de seus dados coletados.

A proteção dos direitos à privacidade e à intimidade pode alcançar um modelo em que os detentores de tais direitos possam ter uma projeção mais ativa. É o que propõe Lawrence Lessig; a proteção dos dados e informações se daria por meio do direito de propriedade⁵⁵.

Tal solução daria, segundo o autor, maior condição de controlar os seus dados, fornecendo ou não os seus segredos, mediante seu consentimento. As mesmas ferramentas utilizadas para a proteção da propriedade acabariam sendo utilizadas para a proteção de dados.

Cada indivíduo definiria a valoração de sua privacidade e intimidade, já que, para muitos, sua privacidade e intimidade possuem um valor elevado; enquanto outros não fazem questão de manter um alto nível de privacidade e intimidade. Tal sistema de propriedade daria aos indivíduos a liberdade de ter cada um o seu valor subjetivo e tal decisão em relação ao valor atribuído passaria a ser respaldado em lei⁵⁶.

7.2. Liberdade de Expressão

O inciso IX, do artigo 5º, da Constituição brasileira, estabelece a liberdade das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. O dispositivo veda qualquer tipo de censura prévia, sendo que proíbe qualquer exigência de licença.⁵⁷ A licença deve aqui ser compreendida em sentido amplo, ou seja, não se faz necessário pedir permissão para quem quer que seja.

O *caput* do artigo 220⁵⁸ esculpe a expressão máxima do direito à liberdade de expressão na Constituição; inserido no título pertinente à ordem social e no capítulo constitucional que regula a comunicação social, o referido artigo estabelece que é livre a circulação de ideias, expressão, informação e criação dentro da esfera de sociabilidade e que sob nenhum processo ou veículo sofrerão qualquer restrição.

O artigo 220 determina a livre circulação da expressão, dentre outros, sendo que nenhuma instituição

55 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 311.

56 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.

57 “Licença: 1. Permissão, autorização; poder de fazer sua vontade. 2. Quebra de regras e convenções sociais; licenciosidade, abuso”. Id, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 2009, p. 1176.

58 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.

— pública ou privada — pode obstaculizar a livre circulação do pensamento, expressão, informação, por meio de processo ou veículo, mesmo os próprios meios de comunicação podem restringir esse processo. Sem a livre circulação do pensamento, expressão, informação e criação, não há de se falar em liberdade de expressão, seja no sentido mais privado, seja na esfera pública. O inciso IX do artigo 5º da Constituição e o artigo 220, parágrafo segundo,⁵⁹ impedem qualquer censura prévia, seja ela de particular, da administração e do próprio Poder Judiciário.

Nesse aspecto, parece que a norma vincula todos., sendo que o Poder Judiciário, embora não possa proceder com a censura prévia, pode, nos termos postos na Constituição, conceder o direito de resposta e fixar indenizações proporcionais ao agravo, sem prejuízo das responsabilidades na esfera penal.

A Constituição brasileira primou pelo princípio da liberdade e posterior responsabilização, o que denota a aproximação com o princípio que orienta as liberdades aqui referidas no direito francês (Artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789). Isto quer dizer, primeiramente, que se garante a liberdade de comunicação e depois se responsabilizam os excessos.⁶⁰

A mesma orientação expressa tem o artigo 13 do Pacto São José da Costa Rica, que foi ratificado e promulgado pelo decreto 678/93, integrando o ordenamento jurídico pátrio, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição,⁶¹ que não admite censura prévia, mas apenas responsabilidades posteriores previstas em lei.⁶²

A liberdade de expressão, que é a própria expressão do indivíduo, de grupos e da sociedade e, portanto, fundante de qualquer “representação de si”, foi reafirmada pelo Marco Civil passado como ser o fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil (art. 2º), de forma que a ninguém é permitido a censura ou retirada de conteúdo, ressalvada a previsão do artigo 19 (responsabilidade por danos decorrentes de terceiros).

Mas, ainda grandes empresas de comunicação, como é o caso do Facebook, podem controlar os conteúdos, censurando aquilo que considera censurável. Recentemente, o jornal britânico *The Guardian* divulgou manuais com slides e fluxogramas de treinamento do Facebook para imposição de censura a materiais que a empresa considera que não devam ser publicados, por considerar estímulos a práticas violentas. A empresa filtra conteúdos ligados à violência, nudez, proteção da infância, dentre outros. Os critérios são adotados a partir de política interna de uma empresa privada que controla fluxos de comunicação de cerca de 2 bilhões de usuários.

7.3. Responsabilidade de danos decorrentes de terceiros

O Brasil, como a maioria dos países, protege o direito à privacidade e intimidade mediante o sistema de responsabilidade civil. Tal sistema está fixado e delimitado na Constituição que, em seu artigo 5º, inciso X, e determina que, em caso de violação da privacidade e intimidade, caberá indenização pelo dano moral e material sofrido. Não é o caso de estabelecer e discutir os parâmetros de indenização de danos morais e

59 § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

60 A liberdade de expressão é um direito fundamental, sujeito exclusivamente às limitações indicadas, entre as quais não se inclui o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, que são valores individuais, tidos como invioláveis pela Constituição (art. 5º, XII). Mas se, eventualmente, o exercício da liberdade de expressão cultural violar qualquer daqueles valores a solução não é a restrição ou proibição da obra ou atividade cultural, mas aquela que o próprio dispositivo constitucional prevê: “a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”. SILVA, José Afonso. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 70.

61 De acordo com o artigo 5º, § 2º da Constituição: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

62 O entendimento do STF, quando do julgado dos Recursos especiais, 446.343 e 349.703 é que os tratados internacionais sobre direitos humanos, que não possuem o quórum de aprovação previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, possuem status supralegal.

danos materiais, sendo apenas destacada a adoção de tal critério pela Constituição.

O critério consiste em outorgar ao Estado a competência de fixar o preço quando haja violação ao bem protegido. O preço por ser fixado pelo Estado torna a proteção menos individual, podendo o valor atribuído ser menor ou maior que o ofendido pretenda⁶³.

O marco civil não inova e mantém os mesmos paradigmas da responsabilidade civil por violação à privacidade e à intimidade criadas pela Constituição e utilizadas de forma exaustiva pelos Tribunais brasileiros.

A inovação do marco em relação à responsabilidade ocorre no caso de conteúdos disponibilizados na *Internet*, quando gerados por terceiros. O artigo 18⁶⁴ estabelece que os provedores não serão responsabilizados civilmente⁶⁵ por conteúdos gerados por terceiros⁶⁶, respondendo por danos, se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências necessárias, dentro do prazo, para remoção do conteúdo.⁶⁷

Uma das polêmicas em torno do dispositivo é a necessidade de ordem judicial para a retirada do conteúdo. A lei afastou “*notice and takedown*” que permitia que o conteúdo gerado por terceiros fosse retirado após simples notificação. Tal situação poderia gerar um sistema constante de censura, onde os provedores e as grandes empresas da *Internet* controlariam a retirada de conteúdo, após notificação extrajudicial.

De forma expressa, o marco civil, em seu artigo 19, explicita que o objetivo da norma é assegurar a liberdade de expressão e impedir a criação de censura. Tal censura seria realizada de forma privada, uma vez que os provedores se organizariam para manter um sistema de censura que removesse conteúdo, evitando um grande número de ações de caráter indenizatório.

Mas o que a lei cria é uma censura estatal, a ser realizada pelo Poder Judiciário, que determinará a retirada do conteúdo considerado infringente, podendo tal censura ocorrer de forma liminar, desde que considerada a prova inequívoca do fato e o interesse da coletividade, presentes também os requisitos processuais necessários à antecipação de tutela (verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação).

Apesar de manter o regime de responsabilidade civil e retirar a responsabilidade do provedor em caso de conteúdo não gerado por terceiro, evitando a censura do veículo onde se transmite o conteúdo, a lei traz à tona um assunto polêmico, a censura do Poder Judiciário, uma vez que permite ao juiz determinar a retirada do conteúdo.

O chamado “princípio” da responsabilidade posterior nos casos em que envolvem as liberdades de opinião, informação e comunicação, nasce com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789, que em seu artigo 11 proclama:

“A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cida-

63 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 368.

64 § 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.

65 Disposição importante para evitar que haja censura privada dos provedores, justificadas na possibilidade de responsabilidade civil em razão de conteúdo de terceiros.

66 De acordo com o artigo 21 da lei, o provedor é responsável subsidiariamente, quando, após notificação, não retirar conteúdo que viole a intimidade em decorrência de imagens, vídeos que contenha cenas de nudez ou de atos sexuais em caráter privado. “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”.

67 § 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.

dão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

Em razão do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, de 1789 integra a atual ordem constitucional francesa, garantindo as liberdades de opinião, informação e comunicação, ou seja, o princípio da liberdade plena com responsabilização posterior.

Neutralidade da Rede

As plataformas que originaram as chamadas redes sociais só alcançaram os patamares hoje conhecidos graças à neutralidade da rede, uma vez que os pacotes de dados podem circular na rede, sem nenhuma discriminação quanto à conteúdo, origem, destino ou serviço. O fluxo de comunicação, independente da grandeza dos endereços, obedecem apenas a ordem de chegada.

A questão neutralidade da rede começa a se tornar polêmica, quando grandes provedores projetaram criar uma fila “vip”, enquanto outros ficariam em uma fila paralela, aguardando a sua vez. O usuário poderia comprar lugar na fila, como vários pacotes, que iriam da busca de *e-mail* a disponibilização de vídeos.

O princípio da neutralidade foi adotado pelo marco civil brasileiro que determina “[o] tratamento dos dados e o tráfego de Internet não devem ser objeto de qualquer tipo de discriminação em função de fatores como dispositivos, conteúdo, autor, origem e/ou destino do material, serviço ou aplicação.”⁶⁸ Esse princípio é fundamental para garantir a pluralidade e diversidade⁶⁹ do fluxo informativo na rede, e deve ser orientado pela equidade.⁷⁰

A exemplo, o relatório especial para a liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou, como parâmetro da regulamentação da rede, a orientação das características originais da rede, quais sejam, espaço descentralizado, aberto e neutro.⁷¹

O artigo 9º determina que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento deve tratar de modo isonômico qualquer pacote de serviço, independentemente do conteúdo, da origem, do destino, serviço ou terminal. O texto legal, em seu parágrafo 2º, excepciona a regra, autorizando a discriminação ou degradação do tráfego, nos termos de regulamento a ser realizado pela presidência da república.

A regulamentação da matéria ocorria por meio do Decreto 8.771/2016 estabeleceu os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações que são tratamento de segurança de redes, com a restrição de spam e controle de ataques ao serviço e situações excepcionais de congestionamento de redes. Em relação à priorização de serviços de emergência, o decreto destaca as comunicações para informar situações de calamidades e as comunicações de serviços de emergência.

Quando incidir a discriminação ou degradação do tráfego de comunicação, em razão das previsões legais, o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento do pacote de dados não pode causar dano na forma do artigo 927⁷² do Código Civil, deve agir de forma proporcional, transparente e isonômica, informando

68 LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001. p. 11.

69 “O Estado não só deve minimizar as restrições à circulação da informação, mas também deve equilibrar, na maior medida possível, a participação das diferentes correntes no debate público, promovendo o pluralismo informativo. Como consequência, a equidade deve reger o fluxo informativo”. 32 Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C, Nº 177. § 57; Corte IDH. *Caso Fontevecchia e D’Amico Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C, Nº 238. § 45.

70 O artigo 9º da lei determina que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento deve tratar de modo isonômico qualquer pacote de serviço, independentemente do conteúdo, da origem, do destino, serviço ou terminal. O texto legal, em seu parágrafo 2º, excepciona a regra, autorizando a discriminação ou degradação do tráfego, nos termos de regulamento a ser realizado pela presidência da República.

71 BOTERO, Marino Catalina. *Liberdade de Expressão e Internet*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/relatoria/>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

72 **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. **Parágrafo único.** Haverá

previamente os usuários, oferecendo serviços em condições comerciais não discriminatórias, não praticar condutas anticoncorrenciais.

7.4. Direitos autorais

Alvo de polêmicas que atravessam séculos⁷³, o direito autoral passa pelo crivo da realidade instaurada na rede, onde por meio de simples *download e upload*, canais como o *Youtube* podem ser facilmente violados. Afinal, como achar um usuário da rede que não praticou tais violações de forma deliberada ou não?

Um dos fatores que surgem para a proteção jurídica da propriedade da criação intelectual do autor é a sua subsistência, garantindo-lhe viver de suas obras e dedicar-se de forma profissional a esse tipo de trabalho.⁷⁴ Os direitos protegidos são de ordem moral⁷⁵, que corresponde a própria personalidade do autor e de ordem patrimonial⁷⁶.

A orientação de tais direitos deve estar ajustada aos ditames constitucionais, que estabelecem que a propriedade deve atender a função social (art. 5º, XXIII). Ainda há quem sustente que “o autor é fruto de seu meio e de seu tempo e, a obra resulta de tudo que lhe penetrou nos sentidos, contou, portanto, com a colaboração, direta ou indireta, da coletividade em seu processo criativo”⁷⁷.

Para Lawrence Lessig, os instrumentos legais de proteção aos direitos autorais se desvirtuaram de sua missão original, que era incentivar a criação. Hoje, tais instrumentos buscam, cada vez mais, fazer reserva de mercado. Lessig cita, como exemplo, a conhecida lei americana chamada “Lei de Proteção ao Mickey Mouse”, que prolongou por mais de 20 anos a proteção de direitos autorais nos EUA, porque Mickey Mouse cairia em domínio em 1998⁷⁸.

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.

73 “Desde Roma antiga já eram reconhecidos os direitos do autor sobre sua obra, contudo a estes eram atribuídas somente a glória e as honras que advinham do feito, de sorte que o direito à remuneração pertencia ao copista ou, sendo o autor escravo, ao seu senhor. Durante o Renascimento, o direito às publicações pertencia aos editores, os quais mantinham o monopólio sobre as obras. Os autores contentavam-se apenas com suas criações intelectuais. No ano de 1709, na Inglaterra, o direito autoral foi reconhecido formalmente, com o Copyright Act da Rainha Ana. Consta, porém, que a proteção das obras literárias já existia desde 1662, graças ao *Licensing Act*, que proibiu a impressão de qualquer livro que não fosse licenciado ou registrado devidamente. Na França, durante a Revolução Francesa de 1789, em meio às discussões dos direitos individuais, surge o *droit d’auteur*, que aprimorou o direito autoral, adicionando a este o conceito de direito moral. No Brasil, desde a primeira Constituição da República, de 1891, o direito autoral possui proteção constitucional. Atualmente, o diploma legal que regulamenta os direitos de autor e os que lhe são conexos é a lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 e a lei 9.609, da mesma data, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, com a observância das garantias contidas na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX”. BLUM Renato M. S. Opice; ABRUSIO Juliana Canha. Direito Autoral Eletrônico. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 2, v. 1, n. 4, jul. 2002.

74 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4, Capítulo 52.

75 “Os direitos autorais morais são considerados espécie dos direitos da personalidade do autor. Como destaca a tecnologia dedicada ao tema, esses direitos são de tal modo intrínsecos à pessoa do criador da obra intelectual que ostentam as mesmas características e se sujeitam, de modo geral, ao mesmo regime jurídico dos da personalidade (por todos) (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 52). Os direitos morais, assim, são essenciais, absolutos, vitalícios, extrapatrimoniais e indisponíveis. São essas as características dos direitos da personalidade que se encontram também nos morais do autor”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4, Capítulo 52.

76 “Os patrimoniais têm as marcas da transmissibilidade, renunciabilidade, temporariedade, incomunicabilidade, prescritibilidade e a natureza de bem móvel. A característica comum: os dois gêneros de direitos autorais são absolutos, ou seja, oponíveis erga omnes. Detenho-me um pouco mais em cada característica. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4, Capítulo 53.

77 ABRÃO, E. Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. São Paulo: Brasil, 2002. p. 66.

78 Advogado no caso na Suprema Corte, Lessig foi derrotado e a lei considerada constitucional. Depois da derrota, o advogado encampa um projeto que não restrinja o conhecimento, o Creative Commons (bens comuns criativos) que “disponibiliza ferramentas jurídicas para qualquer pessoa dizer ao mundo que sua obra possui apenas “alguns direitos reservados”. Quais são esses direitos? Cabe a cada um decidir. Essa é a grande virtude do projeto: ser voluntário e propiciar ao artista a decisão sobre quais os sobre quais os direitos quer conceder à sociedade. E os voluntários são muitos.” LESSIG LAWRENCE. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama, 2005. p. 20.

Para o autor, se a proteção legal é a criação, por que estender o prazo de proteção para uma obra que já foi criada? De outro lado, várias outras obras tiveram a proteção ampliada, dificultando a preservação de obras sem valor comercial, já que os entraves para solicitar autorização de produção são muitos. Defensor de uma flexibilização dos direitos autorais, Lessig defende uma cultura livre, baseada na plataforma da Internet, rumo a uma sociedade criativa. Essa cultura, nas palavras de Lessig⁷⁹:

Apóia e protege criadores e inovadores. Faz isso diretamente, garantindo direitos de propriedade intelectual. Mas também faz isso indiretamente, limitando o alcance desses direitos, para garantir que os criadores e inovadores subsequentes permaneçam tão livres quanto possível do controle do passado. Uma cultura livre não é uma cultura sem propriedade, da mesma forma que um mercado livre não é um mercado onde tudo é grátis. O oposto de uma cultura livre é uma “cultura da permissão”, na qual os criadores só criam com permissão dos poderosos ou dos criadores do passado.

Embora o novo marco da internet não tenha regulado a questão de direitos autorais na rede mundial, o Direito, enquanto técnica social que é produto e produtor da cultura, deve orientar-se para os atuais paradigmas que emergem com as novas tecnologias da comunicação, garantindo a criação do autor e sua sobrevivência, e autorizando a criação continuada para que a produção cultural não esteja centralizada nas mãos de poucos em detrimento do pluralismo e por consequência da liberdade de expressão.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos no tempo intemporal das invariantes jurídicas e do território virtual, com quebras de barreiras geofísicas e comunicações velozes, quase imediatas. O mesmo tempo que permeia, por exemplo, a intimidade, permite a perenização da informação. Do simples tempo natural que vai passando, uma reinterpretação do tempo voluntária lhe imprime um sentido humano, em função dos valores visados, em cada uma das hipóteses dos performativos jurídicos específicos e recorrências de justiça.

Tratando-se de sociedade em rede, de informação, a vida humana, enquanto ser social, é vista como a história de sua comunicação. A palavra vence o tempo, transpõe distâncias, mas o tempo mata, transforma mentiras em *verdades*, ainda que privado de pessoas.

Nessa nova esfera digital planetária, os recortes relevantes correspondem às línguas, às culturas e aos centros de interesse. A distinção entre o público e o privado se apaga. Os meios de comunicação social interativos funcionam em espaços descentralizados (de *muitos para muitos*).

Ao cruzar horários e fronteiras, condicionam-se os pensamentos, sincronizando uma memória multicultural em tempo real. Um passado ainda “interessante” e um futuro já “creditado”, nada mais frágil. Tempo da duração, cheio de descontinuidades, sempre a reinventar, tempo programado, fragmentado, de velocidades diferenciadas.

O aumento do tempo de conservação de dados, as mídias digitais e a preocupação com o tempo trazem à tona questões emblemáticas. O Marco Civil brasileiro, ao estabelecer como fundamento a liberdade de expressão, protege as diversas comunicações possíveis.

A liberdade é a expressão da potência de agir e dentre outras liberdades, no sentido de que sem a liberdade de expressão o ser humano não pode selecionar as informações para sua representação, nem ser reconhecido e ter sua representação confirmada socialmente.

A liberdade constitui meio fundamental para o reconhecimento social da representação de si — dignidade humana — pois ela está associada à representação externa, enquanto a dignidade à representação interna. Mas a representação em si está sempre sob ameaça pela complexidade dada a inúmeras informações de

79 LESSIG LAWRENCE. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama, 2005. p. 26.

difíceis assimilações, o que torna a proteção da intimidade e da representação de si difícil, podendo, assim, a liberdade ser normatizada. A liberdade só é possível dentro de um campo de mínima normatividade, disciplinada pelo Direito.

O Marco Civil brasileiro estabelece marcos na/e da internet, buscando mais liberdade e mais proteção da dignidade. A aplicação do Marco Civil resulta na constatação de que a humanidade ainda pode encontrar no Direito um caminho para sua a proteção e conservação.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, E. Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. São Paulo: Brasil, 2002.
- AUGE, Marc. *Los no lugares-espacios del anonimato, una antropología de la sobremodernidad*. Barcelona: Gedisa, 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997
- BLUM Renato M. S. Opice; ABRUSIO Juliana Canha. Direito Autoral Eletrônico. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 2, v. 1, n. 4, jul. 2002.
- BOTERO, Marino Catalina. *Liberdade de Expressão e Internet*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/relatoria>>. Acesso em: 22 fev. 2017.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação*. Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. São Paulo: Saraiva. 2012. v. 4.
- DESANTES, José Maria. *La información como Derecho*. Madrid: Nacional. 1978.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Lo público y lo privado en Internet*. Intimidad y libertad de expresión en la Red, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Altas, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O Direito, entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses, 2014.
- GUSSE, Isabelle. *Diversité et indépendance des médias*. Canad: Université de Montréal, 2006
- HANS, Kelsen. *O que é Justiça?* São Paulo: M. Fontes, 2001.
- LADEUR, Karl-Heinz. Novos Institutos Para A Proteção Da Privacidade E Dignidade Pessoal Na Comunicação Pela Internet - “Corretor De Informações”, “Cortes Privadas Cibernéticas” E Redes De Contratos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, 2013.
- LEROI-GOURHAN, André. *El gesto y la palabra*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1971.
- LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama: 2005.
- LESSIG, Lawrence. *El Código y otras leyes del ciberespacio*. Madrid: Taurus, 2001.
- LLINÁS, Emilio Sune. *Teoría Estructuralista el Derecho*. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2006.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no Direito: do século XX a pós-modernidade*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2011. v. 3
- LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

- MALSON, Lucien. *Les enfants Sauvages*. Paris: 10/18, 1964.
- MATURANA, Humberto. *Desde la biología a la psicología*. Buenos Aires: Lumen, 2004.
- MCLUHAN, M. *Guerra e paz na aldeia global*. Rio de Janeiro: Global, 1971.
- OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2011.
- PIERRY, Levy. *Cibercultura*. São Paulo: 34, 2010.
- RIFKIN, Jeremy. *La sociedad de coste marginal cero, el Internet de las cosas, el pro común colaborativo y el eclipse del capitalismo*. Barcelona: Paidós, 2014.
- SILVA, José Afonso. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SPINOZA, Baruch. *Tratado teológico-político*. Madrid: Altaya, 1997.
- TEUBNER, Gunther. *Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Sarai-va, 2016.
- VIEHWEG Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Ministério da Justiça, co-edição Ed. Universidade de Brasília, 1979.
- VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.