

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS**

**O CONTROLE NA ERA DIGITAL:  
LEGITIMAÇÃO DA REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL**

Nova Lima

2011

**LUIZ FELIPE VIEIRA DE SIQUEIRA**

**O CONTROLE NA ERA DIGITAL:  
LEGITIMAÇÃO DA REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Área de concentração:** Direito Empresarial

**Orientador:** Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann

Nova Lima

2011

S618 c	SIQUEIRA, Luiz Felipe Vieira de O controle na era digital: legitimação da regulação da internet no Brasil. / Luiz Felipe Vieira de Siqueira. – 2011.
116 f., enc.	
	Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann.
	Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de mestre, área de Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.
	Bibliografia: f. 103-110
	1.Regulação. 2. Internet. 3. Marco civil. 4. Dados pessoais. I. Rohrmann, Carlos Alberto. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título.
CDU 681.324(043)	681.3.023



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada “O controle na era digital: legitimação da regulação da Internet no Brasil” de autoria do mestrando Luiz Felipe Vieira de Siqueira, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann  
(Orientador)

---

Prof<sup>a</sup>. Nanci de Melo Silva  
(Examinador)

---

Prof<sup>a</sup>. Rubia Carneiro Neves  
(Examinador)

---

Prof. Rodolpho Barreto Sampaio Junior  
(Suplente)

Nova Lima, 31 de outubro de 2011.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, João Marcio e Marilu, aos meus irmãos, Patrícia e Marcio e querida sobrinha Laura, pelo amor, suporte e exemplos de vida que me proporcionam, o que me dá força para encarar os desafios.

Ao meu Avô Vespasiano pela luz que sempre me acompanhou.

Aos saudosos Tio Tônico e Vó Nara, amores eternos.

À Vó Luiza pelo exemplo de garra e alegria de viver.

À Marina Grimaldi de Castro pelo incentivo e por me disponibilizar o tempo necessário para o cumprimento dos créditos.

Ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza pelo apoio e lições ao longo dessa jornada.

Finalmente, e não menos importante, agradeço ao Professor Doutor Carlos Alberto Rohrmann pela atenta revisão, suporte e disponibilidade sem os quais não seria possível a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

Com o advento da Internet no final dos anos 60 e, principalmente com o seu uso comercial a partir dos anos 90, deu-se origem a maior revolução tecnológica da humanidade – a era digital. A ditadura geográfica foi quebrada, as barreiras tecnológicas se romperam, as fronteiras do mundo, de uma certa forma, ruíram e, conseqüentemente, a falta de conhecimento se transformou em excesso de informação. Até o final do século XX, para se obter conhecimento de outras culturas ou de assuntos específicos o homem tinha que se locomover por grandes distâncias, pesquisar em um sem número de bibliotecas, obter milhares de fotocópias, para, então, ter em mãos o conteúdo para o seu trabalho. Percebe-se, assim, que são necessárias normas para regular esse acesso a internet, com objetivo de manutenção do Estado Democrático de Direito, visando a que a sociedade viva em harmonia, prevalecendo a ordem. E qual é o caminho democrático para a instauração de tal controle? Será preciso um emaranhado de normas jurídicas? O controle poderá ser exercido estritamente pelo Poder Judiciário? Ou seria apenas necessário o controle social para resolvermos tal questão? Ora, o mesmo Estado que detém o monopólio da força é o que protege os direitos e garantias fundamentais, dentre eles, senão o mais importante – a liberdade – sendo ela a de expressão, do exercício de qualquer trabalho ou função, ou ainda, a livre iniciativa. No entanto, ainda não há uma regulamentação e normatização clara e precisa do uso da rede mundial de computadores no país, bem como não há uma entidade pública que controle a Internet. A análise da regulação da Internet no Brasil, principalmente do marco civil, bem como as formas de controle eficazes para o setor são a tônica deste trabalho.

**Palavras-chave:** Regulação. Internet. Marco civil. Dados pessoais.

## ABSTRACT

The advent of the Internet in the sixties and especially with its commercial approach the nineties, gave rise to the great technological revolution of mankind: the digital age. The dictatorship of geography was broke down. Technological barriers broke down the boundaries of the world. Lack of knowledge became information overload. Until the late twentieth century, to access other cultures or specific issues man had to move over great distances. Men had to search a wide number of libraries, make thousands of copies to complete the research. It is clear, therefore, that standard is necessary to regulate the Internet in order to keep democracy. And what is the democratic way for the establishment of such control? Will it be necessary a tangle of legal rules? Control can be exercised strictly by the judiciary? Or is it just need a social control to solve this issue? Nowadays, State hold the monopoly of force and they protect the rights and guarantees, especially freedom. However, there is still no regulation for the use of the worldwide computer network in Brazil. Analysis of the regulation of the Internet in Brazil, especially the “marco civil” and effective ways to control for the online world are the keys of this work.

**Keywords:** Internet. Civil mark. Safe harbor.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C	– antes de Cristo
ACPA	– <i>Anticyberquatting Consumer Protect Act</i>
ANA	– Agência Nacional das Águas
ANAC	– Agência Nacional de Comunicações
ANATEL	– Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	– Agência Nacional do Cinema
ANEEL	– Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	– Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	– Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	– Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	– Agência Nacional de Transportes.
ANVISA	– Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ANVS	– Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AOL	– <i>America on Line</i>
ARPANET	– Advanced Research Projects Agency Network
art.	– artigo
br	– Brasil
Ca	– Canadá
CADE	– Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	– Código Civil
CD	– <i>Compact Disc</i>
CE	– Comunidade Européia
CF	– Constituição Federal
CG	– Comitê Gestor
CGI	– Comitê Gestor da Internet
CGI.br	– Comitê Gestor da Internet no Brasil
CIA	– companhia



CNN	– <i>Cable News Network</i>
CNPq	– Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
com	– comercial
DNA	– <i>Deoxyribonucleic acid</i>
DNAEE	– Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DNRC	– Departamento Nacional de Registro do Comércio
DNS	– <i>Domain Name System</i>
DVD	– <i>Digital Versatile Disc</i>
ECA	– Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	– Estados Unidos da América
FAPESP	– Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
FTC	– <i>Federal Trade Commission</i>
gov	– governamental
GPS	– <i>Global Positioning System</i>
IANA	– <i>Internet Assigned Numbers Association</i>
ICANN	– <i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
INPI	– Instituto Nacional da Propriedade Industrial
IP	– <i>Internet Protocol</i>
it	– Itália
LGT	– Lei Geral de Telecomunicações
Ltda	– Limitada
MC	– Ministério das Comunicações
MCT	– Ministério da Ciência e Tecnologia
Nasdaq	– <i>National Association of Securities Dealers Automated Quotations</i>
NCP	– <i>Network Control Protocol</i>
NSI	– <i>Network Solutions Inc</i>
org	– Organização sem Fins Lucrativos
PETROBRAS	– Petróleo Brasileiro S/A
PND	– Programa Nacional de Desestatização

S/A	– Sociedade Anônima
SVA	– Serviço de Valor Adicionado
TCP	– <i>Transmission Control Protocol</i>
TICs	– Tecnologias da Informação e das Comunicações
TV	– Televisão
TVBEM	– Instituto de Defesa do Telespectador
UCLA	– <i>University of California, Los Angeles</i>
UCSB	– <i>University of California, Santa Barbara</i>
UNIVAC	– <i>Universal Automatic Computer</i>
USA	– <i>United States of America</i>
www	– <i>World Wide Web</i>

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>CONTEXTUALIZANDO A ERA DIGITAL</b> .....	14
<b>2.1</b>	<b>A sociedade pós-industrial</b> .....	14
<b>2.2</b>	<b>Globalização</b> .....	17
<b>2.3</b>	<b>A Internet</b> .....	21
<b>2.4</b>	<b>Era digital</b> .....	26
<b>3</b>	<b>DA REGULAÇÃO DO AMBIENTE VIRTUAL</b> .....	28
<b>3.1</b>	<b>Corrente libertária</b> .....	28
<b>3.2</b>	<b>Corrente direito internacional</b> .....	30
<b>3.3</b>	<b>Corrente da arquitetura da rede</b> .....	31
<b>3.4</b>	<b>Corrente tradicionalista – analogia</b> .....	32
<b>4</b>	<b>DA REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL</b> .....	34
<b>4.1</b>	<b>Comitê Gestor da Internet no Brasil</b> .....	36
<i>4.1.1</i>	<i>Nome empresarial</i> .....	37
<i>4.1.2</i>	<i>Marcas</i> .....	39
<i>4.1.3</i>	<i>Conflitos entre marcas e nomes empresariais</i> .....	41
<i>4.1.4</i>	<i>Nomes de domínio</i> .....	41
<i>4.1.5</i>	<i>Conflitos entre marcas e nomes de domínio</i> .....	44
<b>4.2</b>	<b>Agências reguladoras</b> .....	51
<i>4.2.1</i>	<i>Breve histórico</i> .....	51
<i>4.2.2</i>	<i>A evolução histórica das agências reguladoras no Brasil</i> .....	53
<i>4.2.3</i>	<i>Das prerrogativas das autarquias e das agências reguladoras</i> .....	54
<i>4.2.4</i>	<i>Quanto a natureza jurídica das agências reguladoras</i> .....	55
<i>4.2.5</i>	<i>Quanto a classificação das agências reguladoras</i> .....	56
<b>4.3</b>	<b>Agência Nacional de Telecomunicações</b> .....	57

<b>5</b>	<b>OS CONTROLE</b> .....	60
<b>5.1</b>	<b>Regulação pelas normas</b> .....	60
5.1.1	<i>O fato social</i> .....	60
5.1.2	<i>A Constituição e a norma como um simulacro</i> .....	62
<b>5.2</b>	<b>A norma</b> .....	64
5.2.1	<i>A norma para o realismo jurídico</i> .....	66
<b>5.3</b>	<b>Controle pelas normas</b> .....	67
<b>5.4</b>	<b>Sociedade de risco</b> .....	69
<b>5.5</b>	<b>O controle do risco</b> .....	72
<b>5.6</b>	<b>Socialização dos riscos – contratos de seguro</b> .....	72
<b>5.7</b>	<b>Responsabilidade civil</b> .....	75
<b>5.8</b>	<b>Paternalismo pretoriano</b> .....	78
<b>6</b>	<b>CONTROLE DEMOCRÁTICO</b> .....	83
<b>6.1</b>	<b>Democracia em sentido complexo</b> .....	83
<b>6.2</b>	<b>Marco Civil</b> .....	89
<b>6.3</b>	<b>Direito comparado</b> .....	94
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	100
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	103
	<b>ANEXO</b> .....	111

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução humana foi pautada na capacidade do homem de se comunicar, locomover, educar a prole, cultivar e obter os próprios alimentos.

O amplo desenvolvimento tecnológico da segunda metade do século XX, principalmente com o advento da Internet na última década, acarretou uma mudança significativa nas formas de conhecimento, comunicação, trabalho e lazer.

Essa revolução tecnológica deu origem à era digital. Isso significa dizer que a ditadura geográfica foi quebrada, as barreiras tecnológicas se romperam, as fronteiras do mundo, de uma certa forma, ruíram e, conseqüentemente, a falta de conhecimento se transformou em excesso de informação.

Até o final do século XX, para se obter conhecimento de outras culturas ou de assuntos específicos o homem tinha que se locomover por grandes distâncias, pesquisar em um sem-número de bibliotecas, obter milhares de fotocópias, para, então, ter em mãos o conteúdo para o seu trabalho.

Da mesma forma, a troca de correspondências era feita por meio de telex, cartas e telefonemas e, dado ao alto custo e à baixa tecnologia, essa tarefa não se estendia por muito tempo.

Hoje, parte considerável da humanidade se comunica em tempo real, a baixo custo, seja qual for a distância entre os interlocutores. O conhecimento vem sendo digitalizado e disponibilizado em grande escala na Internet, formando, assim, a sociedade da informação.

A informação e o conhecimento, que antes eram um problema, hoje só abrem novas perspectivas. O grande desafio, agora, é filtrar a informação e obter aquela mais adequada para o estudo, pesquisa ou trabalho.

Uma vez que a velocidade de modificação dos usos e costumes, das relações humanas e comerciais é enorme na era digital, fica cada vez mais difícil para o Estado e a sociedade filtrarem as informações e regularem os seus desdobramentos.

Agora, no início do século XXI, chegou a hora de a primeira geração nativa da era digital – os chamados *born digitals* - ingressarem nas escolas e caminharem para o mercado de trabalho. Trata-se de uma geração que já nasceu convivendo com computadores, MP3, MP4, CD, DVD, TV a cabo, Internet, comunidades e identidades virtuais.

Os *born digitals* inventaram uma nova forma de linguagem e de grafia, sendo até muito difícil para um adulto entender de pronto as suas mensagens, pois sequer a ordem das

letras maiúsculas e minúsculas é obedecida. Essa geração é também chamada de *lawbreakers*, pois tem o hábito de baixar programas, músicas, vídeos, o que nada mais é do que a cultura da pirataria.

No entanto, o fato de não haver regras específicas para o funcionamento da Internet no país acarreta uma utilização desordenada da mesma no Brasil. Mais, não educa os *born digitals* a conviver com as regras do ordenamento jurídico, o que fomenta a cultura de *lawbreakers*.

Percebe-se, assim, que são necessárias normas específicas para regular esse acesso à Internet, bem como as relações jurídicas dela advindas, com objetivo de manutenção do Estado Democrático de Direito para que se tenha harmonia também no ambiente virtual.

O que se pretende é pesquisar as formas de controle na era digital e o impacto deste nas relações empresariais.

Hoje em dia, estamos dependentes deste aparato tecnológico. Ilustra-se tal afirmação com um fato noticiado amplamente pela mídia nacional: a interrupção do *speedy*, serviço de acesso a Internet do Grupo Telefônica, na capital paulista, em 2008, que paralisou um sem-número de serviços públicos e privados, gerando confusão e um enorme prejuízo, principalmente por se tratar do maior polo econômico do Brasil.

Verifica-se um confronto constante no país. De um lado temos um Poder Executivo atuante e cada vez mais com sede de domínio, legislando sem um efetivo viés democrático, como se vê, por exemplo, nas inúmeras medidas provisórias editadas – o que até coloca em cheque os princípios da relevância e da urgência.

Há um Poder Legislativo que se mostra cada vez mais omissivo, caro e lento nas questões importantes da sociedade, tais como das reformas política e tributária. Em suma, o Brasil, como outros países do globo, vive a crise da democracia representativa.

Lado outro, tem-se o Poder Judiciário cada vez mais forte e atuante, mesmo com as suas falhas estruturais graves, como, por exemplo, o baixo número de juízes por habitante em muitas regiões do país. Esta vontade de fazer justiça combinada com as falhas estruturais existentes pode acarretar em decisões confusas, o chamado paternalismo pretoriano, onde o Poder Judiciário avança no terreno dos outros poderes contrariando o jogo democrático.

Como efeito colateral do tema proposto não se pode deixar de descrever o aspecto sociológico da era digital e seus reflexos – não só jurídicos – na sociedade.

E qual é o caminho democrático para a instauração de tal controle? Será preciso um emaranhado de normas jurídicas? O controle poderá ser exercido estritamente pelo Poder

Legislativo? Estaríamos à mercê da autuação do Poder Judiciário com o auxílio dos peritos? Ou seria apenas necessário o controle social para resolvermos tal questão?

Ora, o mesmo Estado que detém o monopólio da força é o que protege os direitos e garantias fundamentais, dentre eles, senão o mais importante – a liberdade – sendo ela a de expressão, do exercício de qualquer trabalho ou função, ou ainda, a livre iniciativa.

As questões econômicas devem ser amplamente debatidas, uma vez que são de vital importância para a nação. As empresas fomentam a economia e contribuem para o crescimento do país.

Dessa forma, o objetivo geral a ser pesquisado é a forma de se exercer o controle democrático na era digital, seja através de um emaranhado de normas, de decisões judiciais, criação de uma nova agência reguladora ou através de um controle estritamente social.

## 2 CONTEXTUALIZANDO A ERA DIGITAL

Muito se especula sobre a doutrina acerca do início da era digital. A dúvida paira se ela se deu com os primeiros computadores digitais na década de quarenta ou com o advento da Internet nos idos dos anos sessenta ou especificamente a partir do seu uso comercial no fim da década de oitenta e início dos anos noventa.

Carlos Alberto Rohrmann (2005) contextualiza a questão de forma adequada ao dar como a pedra fundamental da era digital a invenção do telégrafo, por Morse em 1835.

Ainda, temos como marcos tecnológicos, a invenção do telefone por Graham Bell em 1876 – que conseguiu codificar a voz humana em sinais elétricos; os primeiros computadores digitais criados na década de quarenta com a utilização do código binário desenvolvido por George Boole (1847). Posteriormente, o primeiro computador comercial lançado no mercado – o UNIVAC – em 1951 e, na década de setenta, o início da difusão dos microcomputadores. (ROHRMANN, 2005)

A era digital consiste na combinação da melhoria do aparato tecnológico associado com a difusão das telecomunicações, o que nos remete ao que foi dito na Introdução, que a evolução humana também está pautada na capacidade de locomoção e comunicação.

O advento do uso comercial da Internet no início da década de noventa fez em um primeiro momento com que as pessoas a utilizassem com fim de pesquisa, timidamente para fins comerciais e, maciçamente, para se comunicarem. A Internet elevou à enésima potência a utilização da combinação computadores e telecomunicações e fez com que a humanidade convergir a convivência do mundo virtual com o real.

Como a era digital se inicia no início da Revolução Industrial e continua até os dias de hoje, há de se traçar um perfil histórico para nos contextualizarmos.

### 2.1 A sociedade pós-industrial

A sociedade industrial teve início com a Revolução Industrial no século XIX e perdurou até a segunda metade do século XX quando os meios de produção foram potencializados pelos avanços tecnológicos.

De Masi indica as principais características essenciais da sociedade industrial:

- a) concentração de massas de trabalhadores assalariados nas fábricas e nas empresas financiadas e organizadas pelos capitalistas de acordo com o modo de produção industrial; b) predomínio de trabalhadores no setor secundário; c) aplicação das



descobertas científicas ao processo produtivo na indústria; d) maior mobilidade geográfica e social; e) reforma dos espaços em função da produção e do consumo dos produtos industriais; f) aumento da produção em massa e do consumismo; g) fé em um progresso irreversível e em um bem-estar crescente; h) difusão da idéia de que o homem, em conflito com a natureza, deve conhecê-la e dominá-la; i) presença conflitual, nas fábricas, de partes distintas e contrapostas, os empregadores e os empregados; j) possibilidade de reconhecer uma dimensão nacional dos vários sistemas industriais; l) concessão do predomínio aos critérios de produtividade e de eficiência entendidos como único procedimento para a otimização dos recursos e dos fatores de produção; m) existência de uma rígida hierarquia entre os vários países, estabelecida com base no Produto Nacional Bruto, na propriedade das matérias-primas e dos meios de produção. (DE MASI, 2003, p. 19)

A transição da sociedade industrial para a pós-industrial se deu por três fenômenos; primeiro a convergência progressiva entre os países industriais – Estados Unidos e União Soviética – independentemente do regime político; segundo o crescimento da classe média no âmbito da tecnoestrutura da empresa após a Segunda Guerra Mundial e, por fim, com o amadurecimento do capitalismo com a constituição do consumo de massa e da sociedade de massa. (DE MASI, 2003).

A sociedade pós-industrial tem como marcos temporais a Segunda Guerra Mundial, desembarque na Normandia (1944), a descoberta da estrutura do DNA (1953), a concentração da mão de obra no setor terciário nos Estados Unidos da América (1956) e na crise petrolífera (1973).

Segundo Bagnoli:

A sociedade pós-industrial, que se inicia nos Estados Unidos em 1956 e na Itália em 1982, também está em processo no Brasil, conforme se observa em diversas cidades nas quais os serviços superam a indústria. A economia pós-industrial se revela aquela na qual a indústria deixa de ser sujeito para se tornar objeto de mercado. (BAGNOLI, 2009, p. 61)

A sociedade pós-industrial traz consigo aspectos determinantes como:

1) a passagem da produção de bens para a economia; 2) a preeminência da classe dos profissionais e dos técnicos; 3) o caráter central do saber teórico, gerador da inovação e das idéias diretivas nas quais a coletividade se inspira; 4) a gestão do desenvolvimento técnico e o controle da tecnologia; 5) a criação de uma nova tecnologia intelectual. (DE MASI, 2003, p. 35)

Assim, temos que o predomínio do setor terciário, que não é mais marcante o conflito de classes (empregadores vs. empregados), um grande aumento da sociedade de consumo, e também, o surgimento de uma nova problemática ambiental, que exige decisões em contextos de incerteza científica acerca da existência ou não de danos ambientais e de suas reais

dimensões, com a necessidade de antecipação da decisão à ocorrência desses danos (ambientais) por sua frequente irreversibilidade e efeitos globais.

Sobre o acima exposto temos as palavras de Bagnoli:

Atualmente, vive-se a realidade da sociedade pós-industrial, na qual o número de pessoas relacionadas à indústria é inferior àquele das pessoas relacionadas aos serviços. Mais ainda, trata-se da substituição do homem pela máquina dirigida por computadores, na determinação do que produzir, num momento em que o produto ganha novas faces, biocombustíveis, nanotecnologia, profusão das formas de comunicações, sobretudo impulsionada pela rede mundial de computadores e a redução dos custos de transmissão da informação, hoje são praticamente insignificantes, além de bens materiais, da sociedade das finanças, dos produtos financeiros. (BAGNOLI, 2009, p. 60)

Ainda, há o aparecimento de grandes conglomerados econômicos através de empresas que atuam em áreas de comunicação, tecnologia, mas que, ao mesmo tempo, realizam grandes operações financeiras e, conseqüentemente, ditam as regras e as tendências de mercado. Desse modo, fica latente a existência de determinantes e determinados na era pós-industrial, como novamente ensina Bagnoli:

Já não é o mercado que dita as regras, mas a grande empresa, resultado da concentração do poder econômico, que manifesta seu poder impondo valores e promovendo a assimetria da informação, fazendo com que o consumidor adquira aquilo que ela queira produzir e vender, na quantidade também por ela definida. A economia, portanto passa a ser planejada pela grande empresa, independente da sua ideologia formal. (BAGNOLI, 2009, p. 59)

Temos então que o fator preponderante para a transição da sociedade industrial para a pós-industrial foram a evolução tecnológica e a transição da mão de obra para o setor de serviços – saindo do chão da fábrica para a alimentação de sistemas de computador. Com a passagem do mundo dos átomos (sociedade industrial) para a dos bits (sociedade pós-industrial), existe também a transição da era da informação para a da pós-informação.

Negroponte expõe o tema da seguinte forma:

Na era da informação, os meios de comunicação de massa tornaram-se simultaneamente maiores e menores. Novas formas de transmissão televisiva como a CNN e a USA TODAY atingiram públicos maiores, ampliando ainda mais a difusão. Revistas especializadas, videocassetes e serviços por cabo deram-nos exemplos de *narrowcasting*, atendendo a grupos demográficos pequenos. Assim, os meios de comunicação se tornaram maiores e menores a um só tempo.

Na era da pós-informação, o público que se tem é, com frequência composto de uma só pessoa. Tudo é feito por encomenda, e a informação é extremamente personalizada. Uma teoria amplamente difundida afirma que a individualização é a extrapolação do *narrowcasting* – parte-se de um grupo grande para um grupo

pequeno; depois, para um grupo menor ainda; por fim, chega-se ao indivíduo. (NEGROPONTE, 1995, p. 154-155)

Com o excesso de individualismo advindo da sociedade pós-industrial temos que a personalidade predominante nesta época seja a narcisista, cujos caracteres peculiares se encontram tanto na condição fisiológica quanto na condição patológica. (DE MASI, 2003)

Portanto, contextualiza-se a sociedade pós-industrial com o aumento do número de trabalhadores no setor de serviços, com a diminuição do número de pessoas que laboram no chão da fábrica, pelo alto desenvolvimento tecnológico, com a formação de grandes conglomerados econômicos por via de organizações que concentram o poder econômico e pela supervalorização do indivíduo, traduzida na era da pós-informação, bem como pelo traço da personalidade narcisista.

As organizações que concentram o poder econômico são as determinantes ao passo que os funcionários, fornecedores e consumidores finais passam a serem os determinados. A necessidade de fazer novos produtos em época de nanotecnologia potencializa, sobremaneira, os riscos para a sociedade, que pode sofrer seus impactos ou até mesmo ser dizimada do planeta. Este é o conflito existente – o avanço da ciência versus os riscos que apresenta e os danos que ela pode causar.

## **2.2 Globalização**

Chama-se globalização, ou mundialização, o crescimento da interdependência de todos os povos e países da superfície terrestre. Alguns falam em “aldeia global”, pois parece que o planeta está ficando menor e todos se conhecem (assistem a programas semelhantes na TV ou acompanham pela Internet e ficam sabendo quase que em tempo real o que ocorre no mundo inteiro).

Temos como exemplo uma indústria de automóveis que fabrica um mesmo modelo de carro em montadoras de três países diferentes e os vende em outros cinco países. A empresa não fica mais restrita a um país, seja como vendedora ou produtora.

Por que os portugueses se lançaram às grandes descobertas? Não só para se proteger dos mouros espanhóis, mas também para procurar novas rotas comerciais de globalização. Nesses séculos (XIV e XV), ocorreu um descompasso entre a capacidade de produção e consumo. O resultado disso era uma produtividade baixa e falta de alimento para abastecer os núcleos urbanos, enquanto a produção artesanal não tinha um mercado consumidor, a solução

para esses problemas estava na exploração de novos mercados, capazes de fornecer alimentos e metais e ao mesmo tempo, aptos a consumir os produtos artesanais europeus.

Outro exemplo é o Imperialismo ou Neocolonialismo do século XX. Tal fato tem como origem a crise da economia europeia, pois as fábricas estavam produzindo cada vez mais mercadorias em menos tempo; assim, com uma superprodução, os preços e os juros despencaram. Na tentativa de superar a crise, países europeus, EUA e Japão buscaram mercados para escoar o excesso de produção e capitais. Cada economia industrializada queria mercados cativos, transformando os continentes africano e asiático em centros fornecedores de matéria prima e consumidores de produtos industrializados, gerando com isso um alto grau de exploração e dependência econômica.

Pode-se comparar a dependência econômica e a exploração com os dias de hoje, pois é difícil acreditar na possibilidade de os países desenvolvidos serem generosos com os emergentes e subdesenvolvidos.

Já no final dos anos setenta, os economistas começaram a difundir o conceito de globalização, usada para definir um cenário em que as relações de comércio entre os países fossem mais frequentes e facilitadas. Depois, o termo passou a ser usado fora das discussões econômicas. Assim, as barreiras comerciais entre os países, começaram a cair, com a diminuição de impostos sobre importações, o fortalecimento de grupos internacionais (como a Comunidade Europeia ou o Mercosul) e o incentivo do governo de cada país à instalação de empresas estrangeiras em seu território. (FARIA, 1996)

A globalização está associada a uma aceleração do tempo. Tudo muda mais rapidamente hoje em dia. E os deslocamentos também se tornaram muito rápidos: o espaço mundial ficou mais integrado.

Em 1950 eram necessárias dezoito horas para um avião comercial cruzar o oceano Atlântico, para fazer a rota Nova Iorque - Londres. Em 1990 essa rota era feita em apenas três horas, por via de um avião supersônico, e a expectativa é de reduzir ainda mais o tempo de voo. Ademais, o Concorde já deixou de ser utilizado. (MACHADO, C., 2011)

Em 1865, a notícia do assassinato do presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln, levou treze dias para chegar à Europa. Hoje em dia bastam apenas alguns segundos para uma notícia qualquer cruzar o planeta, seja por telefone, fax, redes de TV e, sobretudo, pela Internet. (MACHADO, C., 2011)

A abertura da economia e a globalização são processos que afetaram a humanidade no seu dia a dia das formas mais diversas e esta teve que aprender a conviver com isso, pois, obviamente, há consequências negativas e positivas. Um dos efeitos negativos do intercâmbio

maior entre os diversos países do mundo é o efeito cascata da crise econômica que abate os Estados Unidos e a Europa desde 2008 que passa a ter reflexos no mundo inteiro e em larga escala.

No caso brasileiro, a abertura foi ponto fundamental no combate à inflação e para a modernização da economia com a entrada de produtos importados, o consumidor foi beneficiado: podemos contar com produtos importados mais baratos e de melhor qualidade e essa oferta maior ampliou também a disponibilidade de produtos nacionais com preços menores e mais qualidade. É o que vemos em vários setores, como eletrodomésticos, carros, roupas, cosméticos, e em serviços, como lavanderias e restaurantes. A opção de escolha que temos hoje é muito maior pois ampliou consideravelmente a gama de produtos, e a concorrência, conseqüentemente, levou à diminuição de preços para o consumidor final.

Entretanto, a necessidade de modernização e de aumento da competitividade das empresas, produziu um efeito muito negativo, que foi o desemprego. Para reduzir custos e poder baixar os preços, as empresas tiveram de aprender a produzir mais com menos gente. Com a citada sociedade pós-industrial, foram incorporadas novas tecnologias e máquinas. O trabalhador perdeu espaço e esse é um dos grandes desafios que, não só o Brasil, mas algumas das principais economias do mundo têm hoje pela frente: crescer o suficiente para absorver a mão de obra disponível no mercado; além disso, houve o aumento da distância e da dependência tecnológica dos países periféricos em relação aos desenvolvidos.

A questão que se coloca nesses tempos é como identificar e aproveitar as oportunidades que estão surgindo de uma economia internacional cada vez mais integrada.

Para o direito, a influência da globalização é significativa, uma vez que a territorialidade é uma de suas premissas. Uma vez que as barreiras geográficas desmoronam com a era digital e o direito internacional não tem a velocidade necessária para acompanhar essa tenaz realidade, é lançado um desafio para se construir um novo direito. Espera-se que seja mais veloz sem perder o traço de humanidade.

A Professora Nanci de Melo e Silva aborda o tema:

A globalização ou mundialização (a primeira no sentido anglo-saxão e a segunda no entendimento francês) possui vários significados, que traduzem um fenômeno econômico como consequência do liberalismo que emerge de um mercado comum interdependente. Tida, por alguns, como fenômeno ideológico, a globalização, etapa mais recente da história das relações entre os homens e suas organizações, apresenta as seguintes fases:  
Bilateralismo;  
Multilateralismo;  
Transnacionalismo.

O direito moderno, principal meio ou instrumento de regulação estatal, tem sofrido profundas alterações. A consequência é a evolução da técnica jurídica, com maior flexibilidade do caráter autoritário do direito. O direito nacional aproxima-se do direito internacional, na fase de integração dos dias atuais. Surge um direito procedente de negociações, constituindo uma tentativa para encontrar uma nova forma de regulamentação, cabendo ao direito redefinir as novas tendências. (SILVA, N., 2002, p. 02)

José Eduardo Faria, na mesma linha de raciocínio:

A abertura política propicia a exarcebação das demandas reprimidas, sendo maior apelo às fórmulas mágicas, para neutralizar as consequências geradas pela frustração da sociedade. Agravam-se as desigualdades quanto maior a velocidade desse processo e menor a efetividade dos direitos fundamentais, restabelecidos pela abertura política, uma vez que a miséria, as decepções e a falta de perspectivas minam a estabilidade institucional e esgarçam os laços de solidariedade. Uma das consequências do processo de globalização é a redefinição das funções, dos espaços e dos campos de competência da política no âmbito do Estado Nacional. (FARIA, 1996, p. 5)

Nanci de Melo e Silva assim completa:

Nas nações em que a cultura política é fortemente influenciada pelo formalismo jurídico, enfatiza-se uma “justiça estática”, em detrimento de uma “justiça dinâmica”, costumando-se afirmar que a democracia “só é garantida quando os direitos humanos são inscritos numa Constituição. Na prática, porém, sua reiterada afirmação nos textos constitucionais não tem sido a garantia necessária e suficiente de sua efetividade.

Os direitos humanos, concebidos como um mecanismo de proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, podem ser esvaziados, na medida em que é o próprio Estado que os regulamenta. (SILVA, N., 2002, p. 3)

Interessante é o fato de que com a globalização as grandes companhias têm procurado evitar a solução de controvérsias por meio da Justiça. Para tanto, utilizam-se de profissionais especializados que aconselham, negociam e realizam arbitragens. (CORRÊA-LIMA, 1999)

Isso passa a ser a volta aos juízos consulares tal qual nos primórdios das relações comerciais, uma vez que as grandes companhias perceberam que as sanções econômicas são mais eficientes que as sanções jurídicas.

Com o fenômeno das integrações econômicas, caminhando para os mercados comuns, revela essa tendência que passa a ser o objetivo a ser atingido. A questão da jurisdição pode ser superada na apreciação de contratos celebrados entre empresas sediadas e países diferentes, quando a delegação da disputa for no Poder Judiciário. (CORRÊA-LIMA, 1999)

Paradoxalmente, o Estado, quando provocado, pode abandonar a política de *hands off* e intervir na intimidade das empresas.

Assim, vimos que a globalização é inerente à era digital e afeta não só ao direito como à sua aplicação, o que traz, até, curiosamente, o ressurgimento dos juízos consulares ao direito empresarial – hoje travestido pelas arbitragens.

### 2.3 A Internet

A Internet, como grande parte das novidades tecnológicas, teve origem no serviço militar como uma forma de gerar comunicação de dados entre quartéis de uma maneira rápida e eficiente e capaz de resistir aos ataques inimigos durante uma guerra, consoante atesta parte da doutrina sobre o assunto.

Nas palavras de Costa Almeida:

A INTERNET foi criada no final dos anos 60 nos EUA, como um projeto militar que buscava estabelecer um sistema de informações descentralizado e independente de Washington, para que a comunicação entre os cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque à capital americana durante a Guerra Fria. Preliminarmente com a denominação de ARPANET, era uma rede fechada, à qual só tinham acesso os funcionários do Departamento de Defesa dos EUA, que, com o tempo, também passaram a utilizar a rede para enviar mensagens eletrônicas através de caixas de correio pessoais, o atual e-mail. [...] No Brasil, a Internet chegou em 1988, sendo inicialmente restrita a universidades e centros de pesquisa, até que a Portaria nº. 295, de 20.07.95, possibilitou às empresas denominadas 'provedores de acesso' comercializar o acesso à INTERNET. (ALMEIDA, 1998, p. 52-53)

No entanto, existem doutrinadores que remontam o passado da Internet não só para fins exclusivamente militares, mas também científicos e elaborados pela Academia por via das universidades norte-americanas.

Assim explana Rohrmann:

A Internet não teve origem exclusivamente na rede militar ARPANET, uma vez que, muito antes do surgimento desta, já se faziam pesquisas avançadas com redes de computadores *packed switched* na Universidade de Los Angeles e no Massachusetts Institute of Technology. Até o início da década de 1970, a rede ARPANET ainda utilizava como protocolo o *Network Control Protocol* – NCP – e contava com quatro pontos de presença localizados em Standford, Los Angeles (UCLA), Santa Barbara (UCSB) e Utah. Segundo a cronologia estipulada por Kang (1999), a segunda fase aconteceu ao longo da década de 1970. Ocorreu o crescimento do número de computadores ligados à rede, fazendo surgir um problema técnico: o protocolo NCP não protegia a rede contra perda de pacotes. Assim, se uma mensagem fosse dividida em pacotes e

um deles se perdesse durante a transmissão, a mensagem apresentaria perda no recebimento.

Havia necessidade de um protocolo mais eficiente, capaz de detectar e corrigir erros referentes às perdas de dados ao longo da rede.

Em outras palavras, era necessário que se adotasse um protocolo de comunicação eficiente para que a rede pudesse crescer da forma mais confiável possível. Dessa necessidade, surgiu o novo protocolo, o TCP/IP, que é até hoje, por exemplo, como um protocolo de comunicações. (ROHRMANN, 2005, p. 05)

As universidades brasileiras estão ligadas com a *world wide web* desde 1989. Naquele ano, havia conexões com a *Bitnet*, uma rede semelhante à Internet, em várias instituições, como as Universidades Federais do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro. Os serviços disponíveis restringiam-se a correio eletrônico e transferência de arquivos. (TAKAHASHI, 2011)

Somente em 1990, a Fapesp (Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo) conectou-se com a Internet. No mesmo ano, foi criada a RNP – Rede Nacional de Ensino e Pesquisa, uma iniciativa do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT).

A partir de abril de 1995, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia decidiram lançar uma rede integrada entre instituições acadêmicas e comerciais. Desde então vários fornecedores de acesso e serviços privados começaram a operar no Brasil. A Rede Nacional de Pesquisa é uma iniciativa do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) cujo objetivo é implantar uma moderna infra-estrutura de serviços Internet, com abrangência nacional. Até abril de 1995, a atuação da RNP se restringia a áreas de interesse da comunidade de educação e pesquisa do País.

A Internet para fins comerciais no Brasil chegou em 1995 quando foi aprovada a sua utilização pelo Ministério das Comunicações juntamente com o Ministério da Ciência e Tecnologia.

Este meio de comunicação e informação modificou o mundo com sua capacidade inesgotável de armazenar e disponibilizar a informação, transformou drasticamente o modo das pessoas se comunicarem, socializando o conhecimento e aumentando o contato entre os humanos.

Os empresários, como sempre atentos às novidades e às possibilidades de lucro, implantaram o *e-commerce* como forma de ter mais um estabelecimento comercial para a sua clientela, desde o começo da Internet no final do século passado.

Entretanto, esse novo tipo de estabelecimento converge um número muito maior de clientes, pois está aberto 24 horas por dia, sete dias na semana para todos os seres que possuem acesso à rede mundial dos computadores.



Com a inclusão digital fomentada pelos governos estatais, muitas pessoas estão aptas a entrarem em um sítio na Internet e realizarem suas compras. Isso faz com que o *e-commerce* se torne uma atividade econômica extremamente lucrativa. Cumpre enfatizar que existem lojas que somente existem nas redes, ou seja, estabelecimentos exclusivamente virtuais, como a *amazon.com* ou *submarino.com.br*.

No final do século passado houve uma verdadeira corrida pelo ouro com as chamadas empresas *ponto.com*. No entanto, somente os empresários mais fortes e as organizações mais sólidas sobreviveram à queda da Nasdaq – a bolsa de valores das empresas de tecnologia.

O que não tira o potencial de lucro do *e-commerce* haja vista o crescente número de usuários e que é cada vez mais comum estabelecer relações comerciais e negócios jurídicos por via da Internet nesta primeira década do terceiro milênio.

Fato é que a Internet alterou os hábitos e sobretudo o estilo de vida das pessoas ao convergir o mundo real com o virtual. Desta feita, a humanidade consegue se multiplicar através da comunicação *on line*, além de poder trabalhar sem sair de casa, ter uma vasta gama de informações a um só clique e outras benesses que o ciberespaço proporciona.

O filósofo francês Pierre Lévy aborda o tema:

O ciberespaço encoraja um estilo de relacionamento quase independente dos lugares geográficos (telecomunicação, telepresença) e da coincidência dos tempos (comunicação assíncrona). Não chega a ser uma novidade absoluta, uma vez que o telefone já nos habituou a uma comunicação interativa. Com o correio (ou a escrita em geral), chegamos a ter uma tradição bastante antiga de comunicação recíproca, assíncrona e a distância. Contudo, apenas as particularidades técnicas do ciberespaço permitem que os membros de um grupo humano (que podem ser tantos quantos se quiser) se coordenem, cooperem, alimentem e consultem uma memória comum, e isto quase em tempo real, apesar da distribuição geográfica e da diferença de horários. O que nos conduz diretamente à virtualização das organizações que, com a ajuda das ferramentas da cibercultura, tornam-se cada vez menos dependentes de lugares determinados, de horários de trabalho fixos e de planejamento a longo prazo. (LÉVY, 1999, p. 49)

O canadense Don Tapscott, presidente da organização de pesquisa e consultoria *nGenera Innovation Network* e professor adjunto da Universidade de Toronto, autor de várias obras sobre o tema, dentre elas *Wikinomics* e *Geração Digital*, perfila a existência de quatro gerações desde a Segunda Guerra Mundial, a saber:

1 Geração *Baby Boom* – janeiro de 1946 a dezembro de 1964 – 19 anos, produzindo 77,2 milhões de crianças ou 23% da população dos Estados Unidos.

2 Geração X – janeiro de 1965 a dezembro de 1976 – 12 anos, produzindo 44,9 milhões de crianças ou 15% da população dos Estados Unidos. Também chamada da *Baby Bust*.

3 Geração Internet – janeiro de 1977 a dezembro de 1997 – 21 anos, produzindo aproximadamente 81,1 milhões de crianças ou 27% da população dos Estados Unidos. Também chamada de Geração do Milênio ou Geração Y.

4 Geração *Next* – janeiro de 1998 até o presente – dez anos, produzindo aproximadamente 40,1 milhões de crianças ou 13,4% da população dos Estados Unidos. Também chamada Geração Z. (TAPSCOTT, 2010, p. 27)

Importante a distinção das gerações e o impacto que a internet causou na humanidade e a constatação de que as pessoas que nasceram sob a influencia da era digital já estão no mercado de trabalho e assumindo postos importantes tanto nas empresas quanto nos governos.

Tapscott ilustra a Geração Internet:

Se você observar os últimos vinte anos, ficará claro que a mudança mais significativa que afetou a juventude foi a ascensão do computador, da internet e de outras tecnologias digitais. É por isso que chamo as pessoas que cresceram durante esse período de Geração Internet, a primeira geração imersa em bits.

Agora, o acesso de banda larga à internet é onipresente, os iPods estão em toda parte; telefones celulares podem navegar na rede, captar coordenadas GPS, tirar fotos e trocar mensagens de texto; e sites de redes sociais como o Facebook permitem que a Geração Internet monitore cada movimento de seus amigos.

Em 1983, apenas 7% dos lares tinham computadores. Em 2004, esse número havia aumentado para 44%, e não menos que 60% dessas famílias tinham crianças. Em 1996, apenas 15% de todos os lares americanos tinham acesso à internet e à rede mundial de computadores, mas, durante esse mesmo período, um em cada dez usuários de computador tinha menos de 16 anos de idade. Em 1994, 35% das escolas americanas ofereciam acesso à internet.

Avance até os dias de hoje. Agora, 100% das escolas têm acesso à internet e estima-se que existe um computador para cada quatro crianças matriculadas em uma escola nos Estados Unidos. Três quartos (75%) dos adolescentes entre 15 e 17 anos hoje em dia têm telefone celular, e cerca de 73% dos jovens entre 12 e 17 anos usam a internet. (TAPSCOTT, 2010, p. 28)

Já Manuel Castells atenta para o fato de nossas sociedades estarem cada vez mais estruturadas em uma oposição bipolar entre a rede e o ser. Destarte, pode-se dizer que nestas sociedades só mesmo uma redefinição profunda do ser humano permitirá vencer as resistências e os obstáculos de uma sociedade emergente – a sociedade em rede. É nessa redefinição do ser humano, embutida nesta sociedade, que estamos insistindo, porque ela mexe com o indivíduo a ponto de redesenhar uma profunda sensação de isolamento devido estar sem identidade, sem base de princípios e valores coerentes que possam orientar melhor o seu processo comportamental e, uma necessidade constante de definir diretrizes para uma nova vida. (CASTELLS, 1999)

Essa realidade não é menos verdadeira quanto ao pano de fundo atribuído por Castells, o poder fértil da informação, capaz de concretizar uma nova estrutura social. Assim, é necessário esclarecer a distinção entre sociedade da informação - aquela que recebe os impactos informacionais; e sociedade informacional, aquela cuja estrutura básica é

apresentada em redes, divisão típica da nova sociedade em rede que vem sendo difundida sobre o planeta reivindicando uma universalidade sem paralelo. (CASTELLS, 1999)

Castells aborda esta questão com um propósito: colocar diante da sociedade o horizonte de uma humanidade verdadeira, e, assim, não deixar desaparecer a tensão entre o ideal e o real, que constitui a vida do homem como ser histórico. (CASTELLS, 1999)

Assim, temos que a Internet é um importante meio de comunicação e informação da humanidade desde a sua implantação.

Ato contínuo, a Internet revolucionou a forma de a humanidade se comunicar, haja vista o uso contínuo e crescente do *e-mail* e redes sociais – tanto para fins pessoais como profissionais.

Ainda, a Internet proporciona uma comunicação rápida, barata, eficiente, com recursos fantásticos audiovisuais que proporcionam o seu uso em larga escala.

Com isso, não só as relações humanas foram fortalecidas como também as relações profissionais foram potencializadas mundo afora. Um brasileiro consegue descobrir um fornecedor de matéria-prima no Paquistão em um sítio de busca, conversar com ele em seu idioma utilizando uma ferramenta de tradução de texto *on line* e, ainda, realizar movimentações financeiras pela Internet.

As empresas utilizam os *e-mail*'s em larga escala e disseminam informações em tempo real para qualquer canto do planeta. Os funcionários do século XXI recebem computadores, celulares, *tablets* e outras ferramentas tecnológicas e passam grande parte do seu tempo trocando informações e gerando relatórios.

Outro exemplo é o trabalho em casa – *home office* – que é uma realidade crescente. As pessoas ficam conectadas em casa por ferramentas *on line* e trabalham, fazem vídeo-conferências, sem ter que se preocupar com o trânsito ou afazeres domésticos.

Fato é que a Internet revolucionou a forma de comunicação das pessoas, das atividades empresariais bem como no armazenamento e difusão do conhecimento. Antes do advento da Internet tinha-se a escassez de informação, após, tem-se o excesso, sendo que a inteligência está no filtro da informação.

Outro fenômeno que a Internet nos traz é a convergência entre o mundo real e virtual o que dinamiza as relações das mais variadas formas.

Patricia Peck Pinheiro disserta sobre o tema:

Historicamente, todos os veículos de comunicação que compõem a sociedade convergente passaram a ter relevância jurídica a partir do momento em que se tornaram instrumentos de comunicação de massa, pois a massificação do

comportamento exige que a conduta passe a ser abordada pelo Direito, sob pena de criar insegurança do ordenamento jurídico e da sociedade. Foi assim com a imprensa, o telefone, o rádio, a televisão e o fax. Cada um deles trouxe para o mundo jurídico particularidades e desafios, as restrições à programação por ofensa a valores ou moral, as encomendas por fax, as compras pelo telefone, a licença do jocoso para não cair na calúnia e difamação, a proteção das fontes, nos contratos dos anunciantes, os seguros de transmissão, entre outros. Com a Internet não há diferença: não existe um Direito da Internet, assim como não há um direito televisivo ou um direito radiofônico. Há peculiaridades do veículo que devem ser contempladas pelas várias áreas do direito, mas não existe a necessidade da criação de um direito específico. (PINHEIRO, 2007, p. 30)

O controle dessa ferramenta, como já dito, é a tônica deste trabalho.

## 2.4 Era digital

A era digital é marcada por vários elementos, dentre os mais importantes, a passagem da sociedade rural para a industrial e posteriormente para a pós-industrial, a saída do homem do campo para a fábrica e posteriormente para o trabalho predominantemente intelectual.

Temos ainda a agilidade na forma de os homens se locomoverem de forma cada vez mais rápida e eficaz com o uso crescente de veículos terrestres, aéreos e subterrâneos de altíssima velocidade.

Por fim, com o advento dos meios de informação e comunicação de massa, como o rádio, televisão, jornais e Internet, difundiu-se o conhecimento em larga escala mundo afora.

Infundáveis são as benesses que a era digital nos proporciona desde o advento do Código Morse. Entretanto, há também que se falar dos riscos.

Na sociedade de risco em que vivemos, os perigos são inerentes aos novos tempos em que vivemos onde um simples apertar de botão pode acarretar em uma explosão que poderá gerar milhões de seres mortos.

De Masi, em sua obra “O Ócio Criativo” discorre sobre o uso da comunicação de massa:

Na Alemanha nazista, como você disse, a televisão não foi difundida em larga escala. Porque a televisão, diferente do rádio, requer antenas de repetições visíveis, necessita de instalações complexas e grandes investimentos. Os filósofos da Escola de Frankfurt, quando falavam das massas e da mídia, não se referiam quase nunca à televisão, mas sim ao rádio e aos comícios com multidões. Como tinham fugido de países fascistas e nazistas, estudavam os meios de comunicação que eram realmente usados por aquelas ditaduras: Hitler e Mussolini usaram amplamente, além do rádio, o cinema de ficção e o documentário. Basta que nos lembremos de filmes como Scipione L’afriano ou de documentários como aqueles realizados por Leni Riefenstahl. Sim, é verdade que a potência da mídia foi intuída e aproveitada sobretudo pelos regimes autoritários e hierárquicos. A primeira estação radiofônica criada no mundo foi do Vaticano. (DE MASI, 2000, p. 71)

Cumprir lembrar que a Internet também tem como uma de suas origens o uso para fins militares, como já dito alhures.

Entretanto, não é demais dizer que os benefícios que o aparato tecnológico traz para a sociedade são muito maiores do que os problemas.

A sociedade consegue se adaptar às constantes e velozes modificações tecnológicas que são inseridas no mercado cada vez mais rápido. Novas tecnologias e máquinas cada vez menores, mais eficazes e mais baratas são lançadas à venda em uma unidade de tempo cada vez mais reduzida.

Outro traço marcante é a personalidade narcisista já citada por De Masi ao descrever a sociedade pós-industrial. Atualmente as pessoas postam suas vidas em redes sociais e compartilham o conhecimento em blogs e sítios na Internet.

Compartilhar as informações e conhecimento é um passo importante para democratizar o ambiente virtual. Tal inovação chegou também à esfera legiferante e o Estado passou a utilizar as ferramentas que a Internet proporciona para regular o seu ambiente, com a chamada democracia eletrônica.

Com a facilidade de utilizar as redes sociais, *blogs* e sítios na Internet o Estado abre um espaço muito mais amplo e de baixo custo do que as audiências públicas.

Desta feita, Estado e cidadãos podem se reunir para o debate de questões importantes, como a própria regulação da Internet e a proteção dos dados pessoais, de forma rápida, válida e eficaz.

No entanto, a era digital não pode ser marcada pela sua suposta anarquia inicial. Existe sim a necessidade de se regular o ambiente virtual, um desafio crescente que no Brasil se arrasta por mais de quinze anos, o que na unidade de tempo do mundo dos *bits* pode parecer quase que uma eternidade.

O desafio do direito é promover um convívio pacífico da sociedade e isso se aplica tanto ao mundo real como ao ambiente virtual.

### **3 DA REGULAÇÃO DO AMBIENTE VIRTUAL**

O ambiente virtual era tido como um espaço teoricamente anárquico, ou seja, um meio de comunicação sem princípios ou regras, onde tudo seria virtualmente possível. Porém, ante o enorme e crescente número de usuários no mundo, bem como o montante de dinheiro que circula e as inúmeras relações jurídicas que se estabelecem a cada dia, surge a necessidade de aplicar o direito neste espaço.

Ressalte-se que o espaço de que estamos falando não possui barreiras físicas, pelo simples fato de ele ser virtual, de onde se conclui que a globalização já é inerente à Internet, sendo que as relações derivadas da rede têm um aspecto supranacional, o que torna difícil a tarefa de regular este ambiente.

É até contraditório falar da aplicação do direito em um local desprovido de regras e resistente a regulamentos, porém é exatamente isso que se pretende demonstrar neste estudo.

No que toca aos aspectos jurídicos da Internet, há um vazio legislativo no Brasil. E aqui temos o problema, pois o tema é relativamente novo, com ausência de normas específicas para a matéria, que abrange um espaço territorialmente indefinido, com enormes implicações jurídicas e escassez de conhecimento técnico pelos operadores do direito.

#### **3.1 Corrente libertária**

Tão logo a rede mundial de computadores começou a operar em meados dos anos noventa, uma corrente libertária surgiu publicando artigos contundentes sobre o Direito da Internet.

John Perry Barlow publicou em 1996 o artigo intitulado “A declaração de Independência do espaço virtual”, onde define a Internet como um mundo à parte, alheio e indiferente do direito tradicional.

Barlow é um dos grandes defensores da liberdade em todos os sentidos na Internet, é um crítico do sistema legal vigente. Em suma, defende a tese de que há de se ter uma independência do ciberespaço, sem a interferência Estatal e/ou detenção do monopólio da força. Ainda, uma vez que não há fronteiras, a rede mundial de computadores seria um ambiente que está em todos os lugares e em lugar algum ao mesmo tempo. (BARLOW, 1996)

José Humberto Souto Júnior aponta sobre a defesa de Barlow acerca do ambiente virtual:

Afirma, também, que a rede é um lugar ausente de preconceitos, livre a todos, sem privilégios, onde a liberdade de expressão terá plena validade, independentemente de regras locais. É um ambiente sem existência física, afastado então o poder de coerção do Estado, sendo que a ética dos agentes da rede é que governarão o ambiente. Na teoria libertária, ainda de acordo com Barlow, o ambiente virtual é conceituado como um local do futuro e aqueles que vivem no presente não têm conhecimento da independência que reina nesse meio. Denominado pelo autor como “lar da mente”, ali não há governo ou fronteiras. Existe contrato social e ideais próprios. Acrescenta Barlow que o ciberespaço é um local onde todos poderão ingressar sem preconceito de raça ou cultura, privilégios, poder econômico, força militar ou origem. (SOUTO JÚNIOR, 2011)

No mesmo ano David Post e David R. Johnson publicam na *Stanford Law Review* o artigo intitulado “O direito e suas fronteiras”, onde afirmavam, em suma, que o direito é essencialmente territorial e que tal característica se oporia ao espaço virtual.

Tal corrente sofreu fortes embates, principalmente pelo fato de os libertários terem uma crença na utopia da Internet como um mundo virtual no qual o direito seria desnecessário e, principalmente, por definir o Ciberespaço como um lugar separado do mundo real.

Novamente Souto Júnior sobre o tema:

A problemática dessa teoria surge pela insegurança do ambiente virtual, no qual transações, contratos, dentre outras relações, são formalizadas instantaneamente em diversos lugares do mundo. É possível efetuar compras em vários países, apostar em locais nos quais cassinos são legais, investir capital em outras localidades, ou seja, não há territorialidade quando se trata do ambiente virtual. Como então regular os desentendimentos na rede? E as obrigações, como coagir o seu cumprimento? (SOUTO JÚNIOR, 2011)

Em que pese a validade da teoria defendida por Barlow, Post e Johnson, não há como tal teoria prosperar, uma vez que transferir o controle da rede aos usuários será uma ousadia que beira ao fracasso e à irresponsabilidade. A sociedade é uma só, e vive e atua não só no ambiente real, como também no virtual. Deixar que os usuários se regulem é deixar a solta a barbárie do início da civilização.

Neste entendimento como seriam solucionados os impasses? Poder-se-ia cometer ilícitos como distribuir fotos de pedofilia livremente pela Internet sem que isso gerasse qualquer sanção? Acreditamos que são necessárias normas além de meros padrões de conduta para que, então, a rede mundial de computadores seja considerada como livre.

### 3.2 Corrente direito internacional

Essa corrente é capitaneada pelo Prof. Stuart Biegel da UCLA.

Em contraponto à corrente libertária, foi feita a proposta teórica de encarar o espaço virtual como um espaço internacional, corresponde a uma alternativa da falta de territorialidade.

Esta corrente afirma que as pessoas podem mudar de país para país, de jurisdição para jurisdição ao simples clique do *mouse*. (ROHRMANN, 2005)

Nas palavras de Biegel:

By defining regulation in this broad and objective manner, we can more precisely identify the contours of the debate for individual problem areas. A definition that recognizes that regulation can be taken by individual Netizens is essential here. Cyberspace regulation is not necessarily something that is invariably carried out by someone else, but rather a series of steps that anyone can accomplish on an individual basis in particular circumstances. A broad definition recognizes the variety of meanings and the range of manifestations inherent in term. (BIEGEL, 2003, p. 357)

Biegel discute o problema da regulação de um ambiente que não é limitado ao físico, “que não tem cercas”. Aduz que uma possível solução seria na elaboração legislativa com força executória em todo o mundo. Entretanto, até mesmo o próprio autor entende a dificuldade dessa corrente, já que a legislação exige uma extensa análise dos costumes e do direito internacional.

Consigne-se que a prática cooperativa entre nações já vem sendo exercida na Comunidade Europeia, que, através das suas diretivas, apresenta normas de conduta e responsabilidade na rede, com observância e respeito às normas jurídicas de cada país-membro. (SOUTO JÚNIOR, 2011)

A corrente internacional é atraente e pode contribuir na organização de fatores de ordem internacional, como o comércio eletrônico entre jurisdições diversas. Porém, há de se questionar a sua efetividade, uma vez que a legislação tradicional e o direito interno têm maior validade para o que propõe a teoria internacional.

Assim, ter-se-ia uma proposta de Lei Uniforme, uso e costumes internacionais e tratados para regular a validação de documentos digitais que trafegariam pela rede, com segurança jurídica, em mais de uma jurisdição.



No entanto, diante do mundo globalizado e com servidores espalhados pelo planeta seria muito fácil burlar uma Lei Uniforme ou tratado ao fazer uma transgressão a partir de um servidor de um país não signatário.

E esta é a crítica que se faz a esta corrente, ao entender que normas domésticas seriam mais eficazes.

### 3.3 Corrente da arquitetura da rede

Teoria que tem como principal expoente o Prof. Lessig, da Stanford University, em sua obra *Code and others laws of cyberspace*.

Em sua obra o Prof. Lessig desenvolve a tese de que o espaço virtual não tem “natureza alguma predefinida” e o que vai determinar esta natureza é o código dos programas de computador que criam a forma de interação entre as pessoas na rede.

Assim como há uma *Lex mercatoria* haveria uma *Lex informatica*, auto-referente, adaptada às necessidades específicas do meio.

O costume e alguns Códigos de Ética e de Conduta seriam suficientes, porque o que funcionará na realidade é o Código Técnico, que mediante sucessivas inovações permitirá que se vá solucionando os conflitos que venham a surgir na Internet.

Essas inovações seriam constituídas dos programas de filtros na Internet que podem coibir tanto um filho de ver pornografia na rede quanto um Estado de vedar o acesso a informações, como ocorre na China.

Para o jurista argentino Ricardo Lorenzetti, estas seriam as posições ontológicas, que tratam a Internet como um mundo novo que demanda um direito diferente. (LORENZETTI, 2001).

A crítica que se faz a esta teoria é que talvez o Prof. Lessig não considere o direito como a melhor forma de solução de conflitos, elaborada para o bem comum e oriunda de um poder estatal, detentor do monopólio da força.

Ademais, os detentores do conhecimento tecnológico teriam maior domínio das relações da rede, o que poderia deixar nações de menor conhecimento técnico, alheias de sua própria regulação.

Tal posição não nos parece democrática, pois não haveria a participação popular em nenhuma forma, seja ela representativa ou participativa.

Comungamos do entendimento de que são necessárias normas específicas para regular o ambiente virtual, e suas consequências, por ser uma forma mais eficaz de solucionar as controvérsias.

### **3.4 Corrente tradicionalista – analogia**

Esta corrente defende a aplicação do direito já existente ao ambiente virtual. Seria o caso de se utilizar as legislações, sejam elas de direito internacional ou local, para as situações conflitantes que envolvam o ciberespaço.

Esta é a teoria mais aceita e, digamos, mais palatável, pois demonstra o que há de real no ambiente virtual.

Importante o conceito que o Prof. Rohrmann aduz sobre a aplicação do direito, a saber:

Por fim, o direito sempre tem a opção de, em último recurso, em uma situação extrema, ser aplicado ao caso concreto por meio da força do poder público, consubstanciado no Estado. As regras e as normas que não gozam da prerrogativa de poderem ser aplicadas e garantidas pelo poder público do Estado não estão dentro do escopo do direito e, conseqüentemente, não são objeto do direito. É importante refletir sobre essa última característica. Apesar de toda norma jurídica ter segurança, em última análise, de que o Estado pode vir a garantir a sua aplicação, esta característica não pode ser confundida com o direito em si. Grande parte das situações jurídicas que se aperfeiçoam dentro do sistema jurídico não depende do Estado para reunir todos os elementos que o direito requer para a validade dos atos. O Estado só é chamado a dizer o direito quando há alguma discordância, ou seja, em situações de exceção. Assim, dizer que o direito só existe quando há sua aplicação efetiva pelo Estado é negar a busca do bem comum e da justiça pelo consenso obtido na sociedade por meio do direito. (ROHRMANN, 2005, p. 35-36)

Entretanto, no caso vertente temos que a Internet foi criada nos anos sessenta, chegou ao Brasil na década de noventa e até hoje não se tem princípios e regras bem definidos.

Por mais que se utilize do bom senso para enfrentar os problemas e controvérsias oriundos da rede mundial de computadores, haverá sempre uma lacuna se não existirem regras específicas.

Desse modo, acreditamos que são necessárias normas específicas para o ambiente virtual, para que seu controle não seja exercido por meio dos auxiliares da justiça – peritos – haja vista que nem sempre os magistrados estão preparados tecnicamente para julgar as ações oriundas deste ambiente, o que poderá acarretar no paternalismo pretoriano.

Portanto, adotamos como marco teórico Rohrmann em seu artigo “The role of dogmatic function of law in cyberspace” onde o autor aduz que a função dogmática do direito

decorre da sua força que reside no consenso da busca do bem comum e da justiça, o que permite que o direito crie ficções jurídicas que são aceitas pela sociedade. Ainda, que a tradição faz com que este instituto seja aceito e, desta forma, o poder estatal garante a segurança de que a norma será aplicada caso haja alguma controvérsia. (ROHRMANN, 2007)

Passamos, então, a abordar a regulação do ciberespaço no Brasil.

## 4 REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

Para acessar a rede mundial de computadores é necessário digitar o nome de domínio do sítio em que se pretende navegar.

Os nomes de domínio são, em síntese, um conjunto alfanumérico utilizado para localizar um sítio na Internet. Seu conceito será detalhado mais adiante em capítulo específico.

Nos primórdios da Internet os nomes de domínio foram originariamente geridos tecnicamente e mantidos de maneira informal nos Estados Unidos por Jon Postel, fundador da *Internet Assigned Numbers Association* – IANA.

Ronaldo Lemos explica a origem informal da manutenção e gerenciamento dos nomes de domínio no território norte-americano:

Grosso modo, no final dos anos 1980 e no começo dos anos 1990, todo o sistema de endereçamento na internet se concentrou nas mãos de uma única pessoa, Jon Postel, fundador e mantenedor da *Internet Assigned Numbers Association* (Iana). Era Jon Postel quem mantinha o registro de cada um dos endereços dos computadores conectados à rede. Ele também foi responsável por atribuir a cada país uma terminação regional, tendo se baseado, para isso, na tabela da *International Standards Organization* (daí o Brasil ter recebido a terminação “.br”, a Argentina, “.ar”, a Alemanha, “.de”). Tudo era feito informalmente.

Também no começo dos anos 1990, o governo norte-americano começou a enxergar a internet como tecnologia estratégica para o desenvolvimento daquele país. Nesse sentido, começou a chamar a si uma série de atividades que eram mantidas inicialmente por voluntários ou pelo próprio Jon Postel. Por meio de concessão, o governo norte-americano determinou que a empresa *Network Solutions Inc.* (NSI) passasse a administrar as questões relativas aos nomes de domínio. Assim, Jon Postel continuava a administrar os números de domínio (como 255.234.112.002), enquanto a NSI passava a administrar os nomes de domínio (como <www.whitehouse.gov>, ou <www.amazon.com>).

Com isso, a administração do DNS, composto pelo sistema de administração tanto de nomes de domínio, quanto de números de domínio a eles associados, passou a ser dividida. Note-se que, até o momento, não havia qualquer legislação a respeito deste sistema, que era constituído puramente por meio de regulação originada em normas sociais.

Jon Postel ainda mantinha vivo o lado “voluntário” da internet, no sentido de que não se sujeitava a nenhum mecanismo formal ou legal de tomada de decisão, mantendo-se fiel a uma estrutura reguladora fundada na informalidade e em normas sociais. Enquanto isso, a NSI funcionava como uma espécie de *longa manus* do governo norte-americano, efetuando o registro de nomes de domínio e estabelecendo mecanismos ainda primários e pouco sofisticados de resolução de disputas sobre eles. (LEMOS, 2005, R., p. 103)

Nos meados dos anos 80 a NSF - National Science Foundation dos EUA (algo como o CNPq do Brasil) constitui a uma rede de fibra ótica de alta velocidade conectando centros de supercomputação localizados em pontos chave no EUA. Essa rede da NSF, chamada de

"backbone da NSF", teve um papel fundamental no desenvolvimento da Internet nos últimos 10 anos por reduzir substancialmente o custo da comunicação de dados para as redes de computadores existentes, que foram amplamente estimuladas a se conectar ao "backbone" da NSF. O controle da "backbone" mantido pela NSF encerrou-se em abril de 1995, sendo passado em sua grande totalidade para o controle privado.

O crescimento da Internet e a visualização do poder desta pelo governo dos Estados Unidos fizeram com que este confiasse à *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN – uma instituição privada sem fins lucrativos, a missão de coordenar e gerenciar os nomes de domínio, bem como credenciar as empresas que fazem esse tipo de serviço em outras partes do mundo. Aqui no Brasil, esse serviço é feito pelo Registro.br.

Rohrman explana sobre o papel da ICANN em relação aos nomes de domínio:

A coordenação e a gerência da atribuição de nomes de domínio aos mais variados endereços eletrônicos dos *web sites* foram entregues pelo governo dos Estados Unidos a uma entidade privada sem fins lucrativos, a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – ICANN.

A ICANN também credencia empresas que servem como “registradoras” de nomes de domínio na Internet (as *domain name registers*). A ICANN determina os padrões mínimos a serem observados pelas empresas registradoras de nomes de domínio da Internet no desempenho de suas funções.

A própria ICANN, em seu web site, define o que vem a ser a consequência de se “registrar um nome de domínio” como sendo a forma de se associar o nome de domínio a um computador na Internet que foi designado pelo tempo no qual o registro estiver em efeito.

É também importante destacar que os nomes de domínio que têm determinada terminação referente ao país (como o “.com.br” para o Brasil, “.jp” para o Japão ou o “.com.ar” para a Argentina) são registrados conforme as regras estabelecidas para os países. (ROHRMANN, 2005, p. 205)

Cumpra consignar que há uma dicotomia da Internet desde a sua origem – se esta é um serviço público ou privado. Em virtude de ter origem controversa entre os militares ou o meio acadêmico, o seu funcionamento técnico em grande escala foi gerido e mantido por entes privados, e sua utilização é comum a todos os seus usuários.

Entretanto, comungamos do entendimento de que sua regulação tem que partir de normas emanadas pelo Poder Público.

Esse nascimento confuso, até mesmo em seu berço norte-americano, refletiu na desorganização interna da gestão, manutenção e regulação no Brasil, conforme será explanado no próximo capítulo.

#### 4.1 Comitê Gestor da Internet no Brasil

O Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) foi criado pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, alterada pelo Decreto Presidencial nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços de Internet no país, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados.

Composto por membros do governo, do setor empresarial, do terceiro setor e da comunidade acadêmica, o CGI.br representa um modelo de governança na Internet pioneiro no que diz respeito à efetivação da participação da sociedade nas decisões envolvendo a implantação, administração e uso da rede. Com base nos princípios de multilateralidade, transparência e democracia, desde julho de 2004 o CGI.br elege democraticamente seus representantes da sociedade civil para participar das deliberações e debater prioridades para a internet, junto com o governo. (COMITÊ GESTOR DA INTERNET DO BRASIL, 2010)

De forma peculiar, uma das primeiras atitudes do CGI.br foi delegar à FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – por via da Resolução 001/98 a competência para realizar as atividades de registros de nomes de domínio, distribuição de endereços IPs e sua manutenção na rede eletrônica da Internet.

Ou seja, no Brasil foi criado um órgão sem personalidade jurídica definida, por via de uma norma de direito administrativo e não por Lei, para ditar as “regras do jogo” da Internet no país, além de prover meios técnicos para a sua utilização.

Ronaldo Lemos assevera o seu entendimento acerca da criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil:

Foi editada em 31 de maio de 1995, dentro dessa visão, a portaria interministerial que criou o comitê Gestor da Internet no Brasil. O Comitê foi produto da ação conjunta do Ministério da Ciência e Tecnologia e do Ministério das Comunicações. O Comitê Gestor já nasceu assim com características híbridas: sem personalidade jurídica própria, nem de direito público, nem de direito privado, sem respaldo em qualquer legislação, sem qualquer competência normativa formal (o que inclusive consta expressamente da portaria que o instituiu) e criado por portarias interministeriais sem competência para tanto. Apesar disso, o paradoxo: na prática, o Comitê Gestor cria direitos e obrigações, gere e supervisiona todo o sistema de registro de domínios, dialoga e representa o Brasil perante a Iann, quanto à incorporação de normas técnicas e outras diretrizes por ela estabelecidas, com impacto sobre o Brasil. (LEMOS, R., 2005, p. 110)

Na mesma toada, Joaquim Falcão:

As normas que estruturam o registro de um nome de domínio no Brasil são poucas e simples. Todas de direito administrativo. São basicamente três. Em primeiro lugar

trata-se da Portaria Interministerial 147/95, do Ministério das Comunicações e do Ministério de Ciência e Tecnologia, criando o Comitê Gestor da Internet para o Brasil em 31 de maio de 1995. Em segundo lugar, a Resolução no 01 deste Comitê Gestor estabelecendo as regras para o registro de nomes de domínio. Finalmente, a Resolução no 02 delegando à FAPESP a competência para realizar as atividades de registro de nomes de domínio, distribuição de endereços IP's e sua manutenção na rede Internet. A esse conjunto inicial de normas, acrescido de sua prática, isto é, de normas subsequentes, registros efetuados, interpretação doutrinária, decisões administrativas e judiciais damos o nome de subsistema de registro de nomes de domínio. Esse subsistema é estruturado na competência normativa do Comitê Gestor e pelo monopólio operacional da FAPESP. (FALCÃO, 2003)

Conforme se verifica, a origem questionável do Comitê Gestor, tanto da sua constituição, apontada pela doutrina como ilegal ou inconstitucional, quanto da delegação de poderes que o fez de início, acarretou em vários problemas, dentre eles, a falta dos princípios e regras para o funcionamento da Internet no País.

Outro problema gerado pelo CGI.br foi o conflito entre os nomes de domínio – definido e conceituado por norma de direito administrativo – e os nomes empresariais e as marcas, ambos amparados em legislação específica.

Para melhor elucidar a questão, entre os conflitos oriundos dos nomes empresariais, marcas e nomes de domínios, passamos a conceituá-los e esclarecer a celeuma criada com a implantação do CGI.br.

No que tange aos princípios e regras do funcionamento da Internet no Brasil, tal assunto será tratado mais adiante.

#### *4.1.1 Nome empresarial*

Nome empresarial é a firma ou a denominação adotada, para o exercício de empresa, segundo o Código Civil<sup>1</sup>. O Departamento Nacional de Registro do Comércio<sup>2</sup> ao tratar da matéria esclarece que nome empresarial é aquele sob o qual o empresário e a sociedade empresária exercem suas atividades e se obriga nos atos a elas pertinentes, e compreende a firma e a denominação. Sendo que firma é o nome empresarial utilizado pelo empresário e, facultativamente, pela sociedade limitada; a sociedade anônima e cooperativa utilizar-se-á da denominação e opcionalmente pela sociedade limitada, e atenderá aos princípios da

---

<sup>1</sup> Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil)

Art. 1.155. Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa.

Parágrafo único. Equipara-se ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei, a denominação das sociedades simples, associações e fundações.

<sup>2</sup> Instrução Normativa DNRC nº 104/2007

veracidade e da novidade e identificará, quando houver exigência legal, o tipo jurídico da sociedade, não podendo conter palavras ou expressões que sejam atentatórias à moral e aos bons costumes.

José Edwaldo Tavares Borba assim conceitua o nome empresarial:

O nome empresarial é o nome jurídico da sociedade, não se confundindo com títulos de estabelecimento, sinais, símbolos e marcas.

É através do nome empresarial que a sociedade atua e se obriga no mundo jurídico. O nome empresarial é o nome da pessoa jurídica, enquanto o título de estabelecimento é mera expressão de fantasia, apenas designa o estabelecimento. Os sinais e símbolos são instrumentos de propaganda, ao passo que a marca se vincula aos produtos.

A sociedade não pode ter mais de um nome empresarial. Os títulos de estabelecimentos poderão, no entanto, variar, adotando-se para estabelecimentos diferentes títulos diversificados.

Em certos casos, uma parte do nome empresarial serve de título de estabelecimento ou de marca, como é o caso de PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS, cuja sigla PETROBRAS é a marca dos produtos da empresa.

O nome empresarial se apresenta sob as modalidades da firma e da denominação. A firma é constituída a partir dos nomes dos sócios, compondo-se destes ou de alguns entre estes, seguidos da expressão &CIA., a qual representa os sócios que não figuram na firma. A firma também é a assinatura da sociedade, sendo ela própria firmada pelos administradores nos documentos e contratos da pessoa jurídica. A denominação compõe-se de expressões ligadas à atividade da sociedade, seguidas do vocábulo “Limitada” (ou “Companhia”) ou acompanhadas da expressão “Sociedade Anônima”. A denominação não é assinatura, cumprindo aos administradores ou diretores, ao empregá-la, sobre ela assinar seus próprios nomes.

Exemplo de firma: Klabin, Irmãos & Cia. As sociedades de responsabilidade ilimitada só têm firmas (art. 1.157 CC)

Exemplo de denominação: Banco do Brasil S/A. As sociedades anônimas só têm denominação. (BORBA, 2004, p. 54-55)

Já o conceito do título do estabelecimento segundo Campinho:

O título do estabelecimento identifica o ponto em que se situa o empresário, sendo o elo de atração de sua clientela, na medida em que individualiza a sua loja, o seu estabelecimento físico, para onde devem ser atraídos os consumidores de seus serviços, produtos ou mercadorias, diferenciando-o claramente de seus concorrentes.

É o sinal distintivo na fachada da casa onde se exerce o negócio, como os letreiros de uso corrente, podendo ser verificado, ainda, nos papéis de correspondência, cartões, catálogos de produtos, etc. Consiste assim, no rótulo do estabelecimento.

É, muitas vezes, pelo título do seu estabelecimento que o empresário se torna conhecido junto ao público, ganhando notoriedade, razão pela qual desfruta de valor econômico apreciável. (CAMPINHO, 2005, p. 304)

Ainda, temos a insígnia que nada mais é do que a representação gráfica causada ao lado do título de estabelecimento, com o fim de fixar na clientela determinado local, como por exemplo, o emblema dos supermercados *Carrefour*.

Diante de tais considerações, resta claro que não podemos confundir o nome empresarial com o título do estabelecimento uma vez que o primeiro representa a assunção de



direitos e obrigação por parte do(s) signatário(s) e o segundo é a designação distintiva do local em que se desenvolve e se exerce o comércio.

#### 4.1.2 Marcas

A marca é a representação simbólica de uma entidade, qualquer que ela seja. Algo que permite identificá-la de um modo imediato como, por exemplo, um sinal de presença ou uma simples pegada. Na teoria da comunicação, pode ser um signo, um símbolo ou um ícone. Uma simples palavra pode referir uma marca.

Em termos empresariais, é a capacidade que se designa ao consumidor para identificar e diferenciar serviços ou produtos.

O termo é frequentemente usado hoje em dia como referência a uma determinada organização: um nome, marca verbal, imagens ou conceitos que distinguem o produto, serviço ou a própria organização. Quando se fala em marca, é comum estar-se a referir, na maioria das vezes, a uma representação gráfica no âmbito e competência do designer gráfico, onde a marca pode ser representada graficamente por uma composição de um símbolo ou logotipo, tanto individualmente quanto combinados.

Existem as marcas de alto renome que são as de prestígio, notoriedade e tradição incontestáveis, motivo pelo qual recebem especial proteção quanto a sua propriedade intelectual. Geralmente esses nomes são substantivados e também viram metonímias, tais como ocorrem com as empresas *Danone*, lâminas de barbear *Gillette* e com as fotocópias *Xerox*, esponjas de aço *Bombril* ou com os produtos de plástico da *Tupperware*.

A definição legal de marca pode ser encontrada na Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/97). Segundo esta lei, marcas são sinais visualmente perceptíveis e servem para identificar produtos e serviços. Uma empresa, por outro lado, é identificada por seu nome empresarial, nova denominação dada pelo Código Civil atual ao antigo nome comercial. O chamado nome de fantasia, que normalmente serve de título do estabelecimento empresarial, não pode ser confundido com marca, pois não identifica o produto em si e sim o estabelecimento. É possível que o título de estabelecimento seja ao mesmo tempo uma marca de serviço e também é possível que seja parte integrante e principal do nome empresarial.

Sobre o tema Rohrmann assevera que a proteção das marcas está amparada tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto em legislação específica, a saber:

A proteção às marcas, no Brasil (assim como no direito norte-americano), decorre não só da legislação ordinária como da própria Constituição da República que assim dispõe sobre o tema, no art. 5º, inciso XXIX, *verbis*:

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

As marcas são protegidas no direito brasileiro como um direito de propriedade que se adquire por meio do registro validamente expedido pelo INPI, conforme disposto no *caput* do art. 129 da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, *verbis*:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto dos arts. 147 e 148. (ROHRMANN, 2005, p. 207-208).

O conceito de marca é bem mais abrangente que a sua representação gráfica. Uma organização, através de seu nome fantasia e da sua representação gráfica, comunica a promessa de um produto, seu diferencial frente aos concorrentes que o faz especial e único. Busca-se associar às marcas uma personalidade ou uma imagem mental. Assim, pretende-se deixar marcada a imagem na mente do consumidor, isto é, associar a imagem à qualidade do produto. Em função disto, uma marca pode formar um importante elemento temático para a publicidade. Possui vários níveis de significado, entre eles cultura, atributos ou benefício. É fundamental entender que o conceito de marca é mais intangível do que tangível, pois o consumidor de determinada classificação demográfica tem sensações, experiências e percepções diferentes sobre a mesma marca em relação a outro consumidor classificado demograficamente da mesma forma.

A marca é associada a um conjunto de supostos benefícios conferidos aos serviços ou bens adquiridos, na medida em que dá garantias aos consumidores sobre a sua qualidade.

Consoante nos ensina Silveira:

Todo nome ou sinal hábil para ser apostado a uma mercadoria ou produto ou a indicar determinada prestação de serviços e estabelecer entre o consumidor ou usuário e a mercadoria, produto ou serviço uma identificação constitui marca.

Assim, a natureza da marca decorre de sua finalidade. O sinal deve simplesmente ser capaz de preencher tal finalidade. É importante considerar que o sinal ou nome não é o produto, acresce-se a ele.

Como a finalidade é identificar o produto, é preciso que a marca tenha características que permitam tal identificação. Em suma, a marca é um sinal, que se acresce ao produto para identificá-lo e que deve ser suficientemente característico para preencher tal finalidade. (SILVEIRA, 1998, p. 16)

Temos então, que a marca é um elemento do estabelecimento empresarial, definido em Lei e protegida constitucionalmente.

#### 4.1.3 *Conflitos entre marcas e nomes empresariais*

O direito decorrente do registro da marca exclui seu emprego por todos os demais no mesmo ramo de atividade. Salvo se a marca estiver amparada pela proteção mais ampla, que decorre do reconhecimento de sua notoriedade, não poderá o titular do registro impedir seu uso por terceiros e ramo de atividade diverso, que não possibilite confusão entre mercadorias, produtos ou serviços. Em consequência, um terceiro poderá registrá-la em outra classe.

Por outro lado, o nome comercial encontra sua proteção não restrita ao ramo de atividade. Assim, não deve ser permitida a coexistência de nomes empresariais idênticos ou muito semelhantes mesmo para ramos de indústria e comércio diversos. Ora, se a exclusividade sobre o nome empresarial não está restrita a classes, podendo o seu titular impedir que outro o utilize como tal, é decorrência necessária que poderá também impedir que terceiros o utilizem como marca em qualquer ramo. A possibilidade de confusão é evidente e a marca não deixa de ser um aspecto do nome empresarial em sentido objetivo, ou seja, o nome como é conhecido pelo público consumidor.

Na situação inversa, ou seja, marca contra nome empresarial, vale o alcance limitado que a marca tem. Não poderá o titular do registro impedir que outro constitua nome empresarial que inclua sua marca se para operar em ramo distinto. Não poderá o detentor de nome empresarial assim constituído agir no ramo coberto pela marca, sob pena de infringir os direitos decorrentes da marca registrada.

#### 4.1.4 *Nomes de domínio*

Nomes de domínio são endereços eletrônicos dotados de letras e algarismos, portanto alfanuméricos, cuja função é localizar sítios na Internet. A criação dos nomes de domínio se deu principalmente para facilitar a memorização dos endereços eletrônicos que, até então, somente podiam ser identificadas por uma sequência numérica, constituída de quatro octetos, chamados de *Internet Protocol* – ou endereço IP.

A estrutura de endereços eletrônicos utilizada na Internet é a seguinte: www.(nome de domínio).(classe).(país).

As letras “www” são a abreviação de “world wide web”, ou simplesmente Internet; o nome de domínio, como já mencionado, é a sequência alfanumérica que tem a finalidade de localizar o sítio; a classe identifica o caráter do *site*, que pode ser comercial (.com), de organização sem fins lucrativos (.org), governamental (.gov), entre outras; e o país identifica a

procedência do endereço eletrônico, onde foi registrado, podendo ser no Brasil (.br), Itália (.it), Canadá (.ca), e assim por diante. A única exceção a essa regra diz respeito aos sítios originários dos Estados Unidos, país de origem da Internet, nos quais não há essa indicação nos nomes de domínio. (SIQUEIRA, 2011)

O órgão que regula a Internet, bem como o registro dos nomes de domínio no nosso País, como alhures mencionado, é o Comitê Gestor da Internet no Brasil.

De maneira curiosa, a medida imediata à criação do CGI.br foi a de terceirizar os meios técnicos de manutenção e administração dos nomes de domínio para FAPESP.

O Brasil adotou a regra norte-americana do *first applicant – first served*, onde o primeiro que aplica obtém o registro, por via de uma resolução de direito administrativo, o que causou conflitos entre os nomes empresariais que são definidos em lei.

Carlos Alberto Rohrmann comenta a questão:

O Comitê Gestor estabelece um sistema no qual o primeiro a pedir o registro tem o direito ao nome de domínio. Trata-se do princípio *first applicant – first served*, segundo o qual aquele que encaminhar primeiro pedido de registro será a quem o nome de domínio ficará assegurado, que é o que rege os registros dos nomes de domínio internacionais e que foi transplantado para o nosso sistema, conforme disposto no art. 1º da Resolução n. 001/98, do CG. (ROHRMANN, 2005, p. 209)

Outra questão que merece relevância é o fato da recusa de oposição aos procedimentos administrativos feitos pela FAPESP, o que fere os princípios constitucionais do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV e da publicidade, inserido no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O procedimento para o registro de um nome de domínio está regulamentado pela Resolução nº 001 de 15.04.1998, do Comitê Gestor da Internet no Brasil. O registro é feito totalmente por via digital no sítio da FAPESP ([www.registro.br](http://www.registro.br)), sendo prudente, antes de tentar o registro, certificar-se de que o nome de domínio pretendido está livre, não tendo sido registrado por outra pessoa, ou se não se trata de uma marca notória, o que impediria o registro, conforme dispõe o artigo 2º, inciso III, alínea “b”, do Anexo I da Resolução 001/98 do CGI.br.

Na classe de instituições comerciais (.com), o registro só pode ser obtido por pessoas jurídicas devidamente constituídas no Brasil, o que impede o registro por parte de empresas estrangeiras.

O artigo 2º, inciso III, alínea “b”, do Anexo I da Resolução 001/98, estabelece que:

Art. 2º O nome de registro deve ter:

III. [...]

b) não pode tipificar nome não registrável. Entende-se por nome não registrável, entre outros, palavras de baixo calão, os que pertençam a nomes reservados mantidos pelo CG e pela FAPESP com essa condição, por representarem conceitos predefinidos na rede ‘Internet’ em si, os que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente reconhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular, siglas de Estados, de Ministérios, etc.

Como vimos, os nomes de domínio possuem várias funções, desde a primária que é a localização do sítio na Internet, quanto as secundárias que são a fixação da marca da empresa ou produto, definição da atividade exercida – empresarial, governamental, institucional, artística, etc – ou meramente publicitária.

Acerca do tema disserta Lorenzetti:

Na análise das funções dos nomes de domínio podemos distinguir uma função originária, direta, no plano técnico (função de conectividade), que sempre é atingida, e outras indiretas, para as quais não tenha sido concebido originariamente, e que pode ou não atender. Esta distinção é relevante para a fixação de presunções com vistas a resolver conflitos, como veremos adiante.

a) Função de registro: O domínio é um endereço alfanumérico cuja função direta é a conectividade, ou seja, serve para conectar um computador ao outro, identificando-os. Esta é a finalidade para a qual foi criado no âmbito técnico, e esta função estará presente sempre que houver nomes de domínio.

b) Função de registro: Pode haver nomes de domínio registrados e não registrados, e, por este motivo, trata-se de uma função não originária, derivada, e cuja existência deve ser comprovada. A comprovação se faz mediante o regime que cada registro estabelece, conforme assinalamos no ponto referente à autoridade registradora.

c) Os nomes de domínio têm capacidade distintiva e marcária: Em alguns casos, o nome de domínio tem uma equivalência funcional com o nome comercial, com a marca ou outros símbolos distintivos da empresa ou das pessoas físicas ou jurídicas. Esta característica poderá estar presente ou não no nome de domínio. Por isso, é indireta e não originária, e deve ser comprovada por quem a invoca. Não é suficiente a demonstração da existência de um nome de domínio, nem o seu registro, já que se deve aportar provas de sua utilização como símbolo distintivo (equivalência funcional).

d) Função publicitária: É amplamente utilizada para publicidade da empresa “pontocom”, de uma universidade, e outros casos. (LORENZETTI, 2001, p. 215-217)

Assim, resta claro diante de tais definições, que os nomes de domínio fazem parte dos elementos do estabelecimento; a uma por ser a porta de entrada dos sítios da Internet; a duas por valorizar o nome empresarial, as marcas e a atividade econômica das empresas; a três, por ter obrigatoriamente que ter um registro por um órgão público; e, por fim, ao servirem de publicidade para as organizações.

Portanto, a Internet além de revolucionar o mundo com sua multifuncionalidade, trouxe também um novo elemento para o estabelecimento – os nomes de domínio.

Entretanto, existe a celeuma originada pelos nomes de domínio, uma vez que os mesmos foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro por uma norma de direito administrativo, emanada por um órgão criado também por uma norma de direito administrativo e sem sequer ter personalidade jurídica em sua definição.

Ao passo que sua criação gerou um conflito com os nomes empresariais e as marcas, os quais foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição da República e por legislação específica.

Faz-se necessário explicitar melhor o tema.

#### 4.1.5 *Conflitos entre marcas e nomes de domínio*

A Internet tem se firmado como um importante meio de comunicação e informação bem como de divulgação de marcas e comercialização de produtos, conforme já aduzido no curso deste trabalho. Em vista disso, é evidente o interesse que a Internet desperta nas grandes empresas, que veem nela uma possibilidade de aumentar o seu mercado consumidor.

Desde o advento da Internet uma das questões mais discutidas é justamente o conflito entre marcas e nomes de domínio, ou seja, os casos em que o nome de domínio que possibilita o acesso de determinada página na Internet se confunde com uma marca registrada perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.

Inúmeros são os casos de nomes de domínio conflitantes com marcas de terceiros. Isto porque a FAPESP, seja por não ter conhecimento dessas marcas, seja por falta de uma estrutura que permita um exame preliminar de todos os pedidos apresentados, concede registros aleatoriamente, acarretando inúmeros prejuízos aos titulares de marcas registradas, que se veem impossibilitados de utilizá-las na Internet.

Alguns autores têm sustentado que as marcas devidamente registradas no INPI gozariam de proteção também para efeito do registro como nome de domínio, em vista do que dispõem os artigos 122 e 130, inciso III, da Lei 9.279 de 14.05.1996<sup>3</sup>

Os defensores dessa posição argumentam que, entre os sinais visualmente perceptíveis de que fala a Lei da Propriedade Industrial, estariam incluídos os nomes de domínio e, além disso, o titular da marca poderia impedir o seu uso não autorizado na Internet a fim de zelar pela integridade da mesma.

---

<sup>3</sup> Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.  
Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: zelar pela sua integridade material ou reputação.

Outra corrente doutrinária entende que, na verdade, só haveria que se falar em conflito entre marca e nome de domínio quando este fosse usado para identificar o mesmo produto em que a marca é comercialmente usada. Assim, de acordo com esse entendimento, caso fosse registrado o domínio [www.microsoft.com.br](http://www.microsoft.com.br) por uma sociedade que se dedicasse a um ramo de atividade diverso da informática, não haveria que se falar em uso indevido da marca “Microsoft”, registrada por sociedade desse mesmo nome.

Isso seria a transposição para o instituto do registro dos nomes de domínio do chamado “princípio da especialidade das marcas”, previsto na Lei da Propriedade Industrial, segundo o qual, sendo diferentes os produtos ou serviços distinguidos pelas marcas, embora para marcas idênticas, o registro é permitido.

Esse entendimento, no entanto, esbarra na questão da proteção do nome empresarial, pois a maioria das marcas coincide com a expressão característica do nome comercial da empresa, ao qual não se aplica o princípio da especialidade das marcas.

Nos casos em que ocorre a colisão entre as marcas e o nome de domínio, a providência a ser tomada é o envio de notificação extrajudicial ao titular do registro, a fim de que se abstenha de tal prática. Caso a notificação não tenha sucesso, poderá ser enviada também uma notificação ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, à FAPESP e ao provedor pelo qual o sítio está sendo divulgado. Nos dois primeiros casos a notificação tem se revelado inócua, pois tanto o Comitê Gestor como a FAPESP têm se eximido de qualquer responsabilidade decorrente da violação de direitos de terceiros, causada pelo registro de nomes de domínio. Essa alegação tem por base o disposto pelo artigo 1º, §3º, da Resolução 001/98, que determina que “a escolha do nome de domínio requerido e sua adequada utilização são da inteira responsabilidade do requerente”. Essa assertiva é contestável, tendo em vista que se trata de uma resolução, e não de lei, o que fere o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Já com relação aos provedores, também são raros os casos em que a notificação é atendida. (SIQUEIRA, 2011)

Joaquim Falcão assim corrobora em sua assertiva sobre a inconstitucionalidade dos atos da FAPESP e do próprio CGI.br ao não aceitarem o contraditório no procedimento de registro dos nomes de domínio:

Um deles é a recusa da FAPESP e do Comitê Gestor em adotar procedimentos administrativos compatíveis com o princípio constitucional do devido processo legal, conforme o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Brasileira, e o princípio da publicidade do artigo 37. Hoje em dia, o processo de registro estimula a violação a direitos assegurados pelo INPI, o que tem obrigado os lesados a recorrerem ao Poder Judiciário. A linear internalização do princípio

“*first come, first serve*” tem, no dizer da juíza Silvia Maria Andrade, “acabado por ensejar [...] pirataria” (Autos n. 143.99, 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, São Paulo).

A FAPESP se recusa a considerar qualquer impugnação administrativa feita por terceiros prejudicados diante dos registros efetuados unilateralmente. O fato de os registros serem feitos online e com publicidade, *data venia*, não atende ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos. Esta publicidade não é suficiente para prevenir lesão de direitos. (FALCÃO, 2003)

Na esfera judicial há uma discussão quanto ao foro competente para dirimir os conflitos ocasionados pelas marcas e os nomes de domínio, a saber:

**Justiça Federal:** ação de nulidade de registros de nomes de domínio deve ter a intervenção obrigatória da FAPESP, que atua mediante delegação normativa do Comitê Gestor da Internet no Brasil. O Comitê Gestor por sua vez é órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia e, portanto, o foro competente para discussão seria a Justiça Federal (art. 109, inciso I da Constituição Federal).

**Justiça Estadual Comum:** a FAPESP não tem interesse na lide, pois o conflito de interesses nesses casos se dá entre particulares. Se o registro de nome de domínio for eventualmente anulado a FAPESP se limita ao cumprimento da ordem judicial. Portanto o foro competente seria da Justiça Comum Estadual.

**Fazenda Pública:** como a FAPESP é sediada em São Paulo, além de ser órgão público estadual, competentes seriam as varas de Fazenda Pública dessa Comarca. Cabe ressaltar, que o contrato feito entre o usuário da internet que pretende registrar um nome de domínio e a FAPESP, elege como foro a Comarca de São Paulo – Estado de São Paulo.

No âmbito internacional, as partes têm preferido celebrar acordos, com vantagem pecuniária para aqueles que pleiteiam o registro de nomes de domínio consubstanciados por marcas de terceiros, o que, na maioria dos casos, é exatamente o que almejam. Como exemplo de ação judicial que chegou ao final, podemos citar o caso envolvendo o nome de domínio *Harrods*, que foi recuperado pela conhecida loja de departamentos após decisão favorável pela justiça inglesa. (MACHADO, 1999)

Como exemplo disso temos, no Brasil, o caso da America Online Inc., que já foi a maior provedora de acesso do mundo, com nome de domínio mundialmente conhecido como *www.aol.com*, que quis registrar-se em nossa pátria.

No caso, o nome de domínio foi registrado primeiramente no Brasil pela América Online Telecomunicações Ltda., com sede na cidade de Curitiba, como *www.aol.com.br*. Daí a confusão: duas empresas, com nomes similares, áreas de atuação parecidas, só que uma registrou o nome antes da outra.



Nesses casos, a tendência é de conceder o nome de domínio à organização que tiver registrado a sua marca junto ao INPI primeiramente. Porém, nesse caso, há um agravante: a organização americana registrou devidamente a sua marca junto ao INPI, porém, quando da pretensão do nome de domínio, a AOL norte-americana ainda não possuía sede no Brasil, ao passo que a organização brasileira, por razões mais do que plausíveis, sim. O caso tramitou na 10ª Vara Federal de Curitiba, e a *America on Line* era acessada, no País, no endereço: [www.americaonline.com.br](http://www.americaonline.com.br), e não como no resto do planeta, onde esta atende por [aol.com.\(país\)](http://aol.com.(país)).

O processo tramitou por alguns anos e ao final as partes transigiram.

Nos Estados Unidos, ocorreu uma confusão parecida. É notória a quantidade de organizações norte-americanas que começam com *United*, como por exemplo, a *United Air Lines*. Nesse caso, para não haver diluição das marcas, a solução foi feita por mediação, tendo sido criada uma página comum a todas as empresas com o mesmo prenome, com links que ligavam às *home pages* das empresas pelo objeto delas (companhia aérea, pneus, etc).

Quanto à indução a erro, acontece que algumas pessoas se apropriam de domínios de marcas notórias para depois revendê-los com intuito de lucro, gerando enriquecimento ilícito. Ou então para encaminhar o usuário para outro *site*, gerando maior frequência entre os internautas, para ganhar dinheiro com anúncios publicitários. É o que se chama *de cyberquatting*, que é realizado pelos *ciberquatters*, ou seja, os piratas que navegam pela Internet.

Sobre o tema, Lorenzetti:

A ocorrência que gerou o maior número de casos de conflito nos primeiros tempos foi a da usurpação. O conflito é suscitado entre aquele que obtém o registro de um nome de domínio no sistema de registro administrado na Internet e aquele que tem uma marca registrada no registro pertinente. Esta prática tem sido denominada *cyberquatting*. A palavra usurpador não deve implicar necessariamente a existência de um delito, devendo ser entendida simplesmente como uma expressão meramente descritiva, não tendo um significado no que toca à tipicidade, uma vez que podem existir inúmeras situações diversas na qual ela será aplicável. (LORENZETTI, 2001, p. 224)

Portanto, a propriedade da marca é prerrogativa amplamente assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXIX, bem como pelo art. 129 da lei de Propriedade Industrial, podendo o titular, impedir, civil e criminalmente, que terceiros desautorizados façam uso da sua marca, ainda que de boa-fé. Em vista disso, entende-se que a utilização indevida de marcas, sejam elas notórias ou não, como nomes de domínio, caracteriza os crimes de contrafação de marca e concorrência desleal, previstos nos artigos

189, inciso i, e 195, inciso III da Lei de Propriedade Industrial, estando o requerente sujeito às sanções penais ali determinadas, sem prejuízo da ação civil, prevista nos artigos 207 e 209 dessa mesma lei<sup>4</sup>.

E esse tem sido o entendimento dos pretórios da Federação, como se deduz do julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos da Apelação cível nº 1.0672.08.307693-1/003, 16ª Câmara Cível, Relator Wagner Wilson, publicado em 12/02/2010, no Diário de Justiça:

DIREITO PRIVADO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. NOMES DE DOMÍNIO. NOME FANTASIA. ADJUDICAÇÃO. CANCELAMENTO. 1. A proteção à propriedade da marca não se esgota nos interesses meramente individuais de seu titular, representando verdadeiro mecanismo de defesa do consumidor e inibição da concorrência desleal, visando a resguardar 'o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País' - art. 5º, inc. XXIX, da Constituição Federal. Revela-se crucial, portanto, para o atendimento dos preceitos da Constituição Federal, a expansão da proteção conferida pela Lei 9.279/96, fazendo-a abranger não só 'o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular', mas também a sua utilização na confecção de nomes de domínio para a utilização no crescente e promissor mercado virtual. 2. Constatada a similitude, a identidade entre os produtos e serviços abrangidos pela classe em que registrada a marca da 1ª autora e o objeto social da ré, evidenciando a possibilidade real e concreta de indução de terceiros a erro, deve ser acolhido o pedido de abstenção de utilização de nome de domínio (DNS - Domain Name System) que contenha o designativo de marca registrada e utilizada em tempo pretérito, bem como de nome fantasia que o reflita. Recurso não provido. 3. A ilegalidade do registro do nome de domínio, nas condições descritas acima, autoriza a determinação de seu cancelamento, um dos desdobramentos do pedido de adjudicação. Recurso provido em parte. (MINAS GERAIS, 2010)

A Argentina encontra-se em posição similar à do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, como se denota dos dizeres do jurista portenho Lorenzetti:

As decisões da jurisprudência nacional e comparada mostram que, na grande maioria dos casos, se deu razão àquele que comprova a existência de um direito legítimo no mundo real: são os casos de uma marca registrada, um nome comercial, ou um sinal distintivo afetados de forma desleal. (LORENZETTI, 2001, p. 225)

---

<sup>4</sup> “Art. 189. comete crime contra registro de marca quem:

I – reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada; ou imita-a de modo que possa induzir confusão;

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

Art. 207. – Independente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil.

Art. 209 – Fica ressalvado o prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre produtos e serviços postos no comércio

Já nos Estados Unidos a solução foi normatizar uma medida que inibisse a ação dos *cyberquatters*, usurpadores ou posseiros virtuais – a *Anticyberquatting Consumer Protect Act - ACPA*. Curioso como num país regido pela *Common Law* uma norma veio para solucionar a celeuma ao passo que no Brasil e na Argentina a jurisprudência vem tendo esse papel.

Rohrmann nos ensina sobre o tema:

Foi no ano de 1999 que o Congresso dos Estados Unidos aprovou uma lei contra os chamados “posseiros virtuais”. Cuida-se da lei intitulada *Anticyberquatting Consumer Protect Act - ACPA*. É indiscutível que o objetivo desta lei é dar mais força para que os titulares de direitos sobre marcas registradas possam demandar contra os posseiros virtuais.

Entre algumas inovações do ACPA que servem para conferir maior proteção para os titulares de marcas registradas em face dos registros de nomes de domínio similares por parte dos posseiros virtuais, podemos citar a desnecessidade de o titular da marca registrada fazer uso dela no espaço virtual para demandar contra o posseiro virtual, bastando, pois, a prova da má-fé e a criação de uma lista não exaustiva de fatores que são usados para determinar a presença da má-fé do posseiro virtual. (ROHRMANN, 2005, p. 213-214)

Lemos, também explana sobre o assunto em voga:

Na imensa jurisprudência brasileira sobre o assunto, chamam atenção dois fatos: o primeiro, a total ausência de compatibilidade entre uma decisão e outra em termos doutrinários. As decisões judiciais ora recorrem à lei de marcas para conferir a proteção ao detentor do registro de marca, ora decidem com base em um juízo de equidade sem qualquer fundamento no ordenamento jurídico nacional, e o mais importante para este estudo: muitas vezes, as decisões judiciais adotam a própria Resolução nº 1 do Comitê Gestor como se lei fosse, compelindo particulares e estabelecendo inclusive imensos fardos patrimoniais com base na mesma.

É o caso da decisão judicial paradigmática tomada pela 7ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. Trata-se de ação impetrada pela TV Globo contra a ML Editora de Jornais e Revistas Ltda. e a Fapesp. Na ação, a TV Globo reclamava a transferência para si do domínio <[www.jornalnacional.com.br](http://www.jornalnacional.com.br)> que havia sido registrado anteriormente pela ré ML Editora. Veja-se trecho da decisão, que dispensa explanação:

Ao que se apura nos autos, com o advento e incremento da utilização da “Internet” em nosso país, o Governo Federal criou o comitê Gestor Internet no Brasil, com a atribuição específica de gerir o sistema, o que foi regulamentado pela Portaria Interministerial MC/MCT no 147/95.

Logo, não é somente porque se é o primeiro a requerer o registro é que este deverá prontamente lhe ser deferido. Há que se preencher as condições para tanto. E uma destas condições encontra-se no Anexo I, que cuida do Registro de Domínio, que em sua alínea “b” inciso III do art. 2º, dispõe *in verbis* que:

“Art. 2º O nome escolhido para registro deve ter:

III – o nome escolhido pelo requerente para registro, sob determinado DPN, deve estar disponível para registro neste DPN, o que subentende que:

b) não pode tipificar nome não registrável. Entende-se por nome não registrável, entre outros, palavras de baixo calão, os que pertençam a nomes reservados mantidos pelo CG e pela FAPESP com essa condição, por representarem conceitos predefinidos na rede Internet, como é o caso do nome internet em si, os que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular, siglas de Estados, Ministérios etc.”

Como fica claro da regra em questão, somente pode obter o registro de domínio aquele que primeiro o requerer e que, concomitantemente, preencher as exigências para o registro do nome. (LEMOS, R., 2005, p. 114-115)

Outro ponto que merece destaque é o fato de os nomes de domínio ao serem geridos e mantidos pela FAPESP, uma instituição do Estado de São Paulo, que arrecada taxas por este serviço, o que para alguns doutrinadores fere o Pacto Federativo.

Desta feita, o dinheiro arrecadado pela FAPESP é utilizado de forma incongruente. Ora, cada Estado da Federação possui uma fundação de amparo à pesquisa e os paulistas estão com privilégios para a obtenção de recursos.

As poucas disposições normativas sobre sua aplicação e gestão dos recursos arrecadados pela gestão dos nomes de domínio encontram-se exclusivamente no art. 3º da Resolução nº 002 de 1998, do Comitê Gestor, que, por si só, não tem qualquer força normativa. Consoante esse artigo, os valores arrecadados pela FAPESP devem ser utilizados “para ressarcir-se dos custos incorridos” e “para promover atividades ligadas ao desenvolvimento da internet no Brasil”.

Lemos disserta sobre a inconstitucionalidade do ato em questão:

Não é isso o que ocorre. O registro, apesar da inexistência de lei, é explorado por uma entidade uniestadual, que recebeu sua competência do governo federal por meio de resoluções do Comitê Gestor, criado, por sua vez, por portaria interministerial sem respaldo em lei. Independentemente do mérito do trabalho da Fapesp, aliás, indiscutível, questões cruciais apresentam-se com respeito à sua moldura institucional e sua legitimidade fundada no estado democrático de direito. Forma-se assim o dilema: se a lei é aplicada (e a Constituição), o Sistema de Registro de Nomes de Domínio no Brasil é inconstitucional.

Entretanto, a questão é lidar com sua legitimidade de fato, com os inúmeros interesses e com as várias relações jurídicas constituídas com base neste regime, e não só com sua integração ao sistema de nomes de domínio globais e as repercussões daí derivadas. Note-se que mesmo nos Estados Unidos, berço da internet e sede da Icann, entidade que supervisiona o sistema de nomes de domínio globais, há questionamentos constitucionais sérios sobre a legitimidade e legalidade da gestão estabelecida do sistema de registro de nomes de domínio, questionamentos estes originados do ordenamento jurídico nacional naquele país, ou originados de pressões internacionais para que a Icann transfira seu poder a outra entidade que possua representação institucional global, como a Organização das Nações Unidas. Isso ocorre apesar do fato de, nos Estados Unidos, a atividade de registro de nomes de domínio (mas não o controle sobre os números de domínio) ser conduzida em caráter de regime de mercado, sujeita à livre concorrência.

Dessa forma, surge uma questão importante, que é a de como justificar e integrar esse regime surgido quase inteiramente por força dos fatos e com uma legitimidade auto-atribuída e fundada majoritariamente por critérios técnicos. (LEMOS, R., 2005, p. 118-119)

Diante do que foi exposto, temos que a Internet nasceu informalmente no mundo, e no Brasil foi instituída da mesma forma.

O CGI.br não foi fundado por via de uma Lei, e a sua primeira tarefa foi terceirizar a parte técnica para a FAPESP o que afrontou os dispositivos constitucionais e legais relatados neste capítulo.

Ademais, a complexidade na formação dos agentes sociais do CGI.br torna-o um órgão pouco eficiente, dada a dificuldade dos encontros e conseqüente tomada de decisões.

Um grande exemplo disso foi que o CGI.br demorou mais de quatorze anos para elaborar os princípios da Internet no Brasil e que as regras e normas para sua utilização ainda não foram delimitadas.

## **4.2 Agências reguladoras**

Outro órgão que poderia exercer o papel de manter e regular a Internet no país seria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Antes de adentrarmos no papel da Agência Nacional de Telecomunicações na regulação e gestão da Internet no Brasil, é importante tecer algumas considerações sobre as Agências Reguladoras, não só no País como em outras partes do mundo.

Tais considerações são necessárias para uma das conclusões deste trabalho que é a possibilidade de criação de uma agência reguladora para a Internet no Brasil, tendo em vista a falta de amparo legal e constitucional na criação do CGI.br, bem como a ineficácia do órgão.

Outro aspecto é o desenvolvimento da Internet no Brasil e o incentivo Estatal exercido, por exemplo, pelo Plano Nacional para a Banda Larga feito pelo Ministério das Comunicações, que tem como objetivo massificar, até 2014, a oferta de acessos banda larga e promover o crescimento da capacidade da infraestrutura de telecomunicações do país. (MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, 2010)

Passamos, então, ao conceito das agências reguladoras.

### *4.2.1 Breve histórico*

As agências reguladoras têm sua origem em 1834, na Inglaterra, onde o Parlamento criava órgãos autônomos para concretizar as leis bem como preencher suas lacunas. A partir daí, houve propagação das chamadas “agencies” nos Estados Unidos, em 1887, com função de regular certas atividades e aplicações de sanções. Na França houve o mesmo fenômeno, porém, com o nome de Autoridades Administrativas Independentes. Essas, por sua vez, não possuíam personalidade jurídica e eram subordinadas ao Conselho do Estado.

Conrado Hubner Mendes destaca que a criação das agências reguladoras nos Estados Unidos passou por quatro fases.

A primeira se refere à necessidade de regular as disputas que rondavam o transporte ferroviário, entre as empresas que visavam o lucro excessivo sem escrúpulos na criação de taxas. A solução foi encontrada quando fazendeiros do Oeste conseguiram que as Assembleias Estaduais normatizassem legislativamente os preços de estocagem de cereais e de transporte. A segunda fase se revela na época da grande crise, de 1930 a 1945, quando o Presidente Roosevelt, através da política do *New Deal*, interrompeu a crise com a criação de inúmeras agências administrativas, o que rendeu muitos debates, pois várias prerrogativas do Liberalismo foram suprimidas. Na terceira fase, após a crise, entre 1945 e 1965, foram editadas normas que padronizaram as decisões das agências, de forma que lhe aferissem maior licitude. A quarta e última fase começou em 1985, quando as agências começaram a seguir um padrão de consolidação, que continua ainda hoje, garantindo a independência dessas agências, porém com controles externos, que asseguram esta liberdade. (MENDES, 2001)

Conforme aduz o Prof. Gustavo Binjenbojm, é possível concluir que nos Estados Unidos da América:

As agências reguladoras surgiram e se proliferaram como instrumentos de intencionismo e relativização das garantias liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual, havidas como quase absolutas durante a fase do capitalismo liberal puro.

A implementação de uma reforma social-democrata, proposta pelo New Deal, só se tornou possível com a criação de agências reguladoras insuladas de pressões políticas conservadoras e dotadas de competências amplamente discricionárias para transformar a regulação erigida pela tradição da *common law*.

A experiência regulatória norte-americana da segunda metade do século XX mostra o contraponto da autonomia reforçada das agências reguladoras foi o incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados. Tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de captura dos entes reguladores por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsabilidade social e legitimidade democrática na função regulatória. (BINENBOJM, 2005, p. 05-06)

Desta forma, podemos ver a evolução das agências reguladoras, no que tange ao modelo hoje existente, bem como a forma em que são aplicados.

#### 4.2.2 *A evolução histórica das agências reguladoras no Brasil*

As chamadas agências reguladoras surgiram no Brasil na década de 90 do século passado, através do regime político chamado de neoliberalismo. Basicamente, neste regime político o Estado se assume menos eficiente do que o setor privado no que concerne à produção direta de bens e utilidades; dessa maneira, adotando a doutrina do Estado mínimo, o Brasil reconhece que algumas atividades serão mais bem exercidas pela iniciativa privada.

A partir desta concepção, começa a desestatização das empresas públicas, mantendo, porém, certa intervenção do Estado nestas empresas. A concretização da concepção mencionada acima foi o PND – Programa Nacional de Desestatização, criada pela Lei nº 9.491, de 09/09/97, que possui entre outros objetivos, contribuir para a reestruturação econômica do setor público, permitir que a Administração Pública concentre-se nas prioridades nacionais e contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.

Ainda, vale ressaltar que as agências não decorrem apenas do processo de desestatização, pelo contrário, pois nunca deixam de existir órgãos reguladores tanto da Administração Indireta quanto do Poder Legislativo. A título de exemplo, pode-se citar o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941). Além destes, pode-se ainda citar o Banco Central do Brasil e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) – este último existente desde 1962 e reestruturado em 1994.

Apesar da implantação das agências na década de 90, já havia no país as “autarquias”, instituídas pelo Decreto Lei 200/67, em seu artigo 4º, e “autarquias de regime especial”, instituídas pela lei 5.540, de 28 de novembro de 1968, artigo 4º, que tratava das normas de organização e funcionamento das universidades públicas. A legislação citada não estabelece, contudo, a diferença entre autarquia e autarquia especial, denotando que, para esta última, serão adotadas as características da Lei que a institui.

Portanto, dada sua concepção histórica, infere-se à luz do professor Celso Antônio Bandeira de Melo que “esta especialidade do regime só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das ‘agências reguladoras’ em confronto com a generalidade das autarquias, que será tratado posteriormente”. (MELLO, 2011)

#### 4.2.3 *Das prerrogativas das autarquias e das agências reguladoras*

Quanto às Autarquias, o ordenamento jurídico lhes atribui algumas prerrogativas, tais como imunidade tributária, impenhorabilidade de seus bens e rendas, imprescritibilidade de seus bens, prescrição quinquenal de dívidas e créditos sujeitos a execução fiscal. São consideradas como fazenda pública em situações processuais e, ainda, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição.

Sendo assim, de acordo com a Controladoria Geral da União:

As Autarquias são entidades da Administração Indireta criadas por lei específica, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2011.)

Desta forma, pode-se conceituar, em sentido amplo, agência reguladora, como “qualquer órgão da administração direta ou entidade da Administração indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”. Apesar do aparelho administrativo do Poder Executivo, além de receberem funções administrativas ordinárias, recebem também funções legislativa e judicial. (MELLO, 2011)

As funções administrativo-executivas seriam a solução de conflitos entre os interessados na atividade objeto de regulação, o Estado, o setor econômico, e até mesmo a sociedade em geral. As funções legislativas se encaixam na possibilidade de editar normas que possibilitem a implementação das políticas do governo no setor de sua regulação. Já na função judiciária, cabe na solução de conflitos nos casos concretos - não litigiosos, em que pode aplicar de ofício o direito.

Não se pode considerar, porém, a atividade jurisdicional como absoluta, ou seja, as agências reguladoras não podem agir à margem do Poder Judiciário. A solução de conflitos pelas Agências consiste na instauração de procedimentos administrativos, o que vem sendo aplicado há décadas e não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Importante salientar que, pode haver um elevado grau de independência, porém não será absoluto, visto que nenhum órgão da administração pública está desprovido de fiscalização. Sendo assim, a direção superior será da entidade ao qual está ligada e do Chefe do Poder Executivo, que é quem indicará o Dirigente da Agência Reguladora, que será tratado em tópico específico neste trabalho.



A grande polêmica está na independência normativa. A discussão se encontra na concepção de um órgão administrativo editar atos normativos autônomos, ou seja, independente de quem os autorize. Visto que esta é função típica do Poder Legislativo, isto implicaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Neste caminhar de ideias, tem-se que estes atos normativos tenham sempre base em diretrizes previamente traçadas pelo Poder Legislativo, de forma que respeitem a legislação em vigor e não firam nenhuma lei. Sendo assim, as Agências poderão legislar sobre matéria técnica que complementa a lei que as instituiu, nos limites nela traçados.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, assim abordam o tema:

- a) É incontroverso que as agências reguladoras não podem editar regulamentos autônomos, isto é, que não tenham base determinada em lei;
- b) A atuação normativa das agências reguladoras, complementando as disposições da lei, depende de expressa autorização dada pela própria lei, vale dizer, consiste tal atuação na edição de regulamentos delegados ou autorizados;
- c) A lei deve estabelecer claramente os assuntos que podem ser objeto da atuação normativa da agência reguladora (devem ser matérias de índole técnica), fixar diretrizes bem definidas a serem observadas na elaboração do regulamento autorizado (não se admite a denominada delegação ou autorização “em branco”) e impor explicitamente limites a essa atuação;
- d) Toda ação normativa das agências reguladoras está sujeita a permanente controle legislativo (CF, atr. 49, V e X) e, sempre que provocado, ao controle judicial. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 56).

Nota-se que as agências reguladoras são, de acordo com quase unanimidade da doutrina, autônomas, tendo esta como sua mais importante característica. Em outro sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo entende que independência administrativa, ou autonomia administrativa, autonomia financeira, funcional, de gestão de seus recursos humanos, ausência de subordinação hierárquica, são elementos intrínsecos a qualquer autarquia; ainda afirma que não há nenhuma peculiaridade, e o que poderia variar seria o grau de intensidade de cada característica. (MELO, 2011)

Assim as inovações que foram dadas às agências reguladoras, além do nome “agência”, é a investidura e fixidez dos mandatos dos dirigentes, o que será analisado adiante.

#### *4.2.4 Quanto a natureza jurídica das agências reguladoras*

Pela função a ser executada, estas entidades possuem papel típico de controle. José dos Santos Carvalho Filho atesta o objetivo institucional das agências reguladoras:

Consiste na função de controle de pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em regra sob a forma de concessão ou permissão, e também na de intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos neste campo, perpetrado por pessoas da iniciativa pública. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 446.)

Ainda sob a ótica de José dos Santos Carvalho Filho, trata-se de autarquias e a inovação se encontra na relativa independência que o ordenamento lhes conferiu, nos aspectos técnicos, administrativos e financeiros (CARVALHO FILHO, 2011).

As agências reguladoras têm sido instituídas sob a forma de autarquia, exercendo funções típicas do poder público, porém, segundo o legislador, são autarquias de regime especial, que se traduz como autonomia financeira, gerencial e orçamentária. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011)

#### 4.2.5 *Quanto à classificação das agências reguladoras*

As agências reguladoras são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades. Ainda, classificam-se as agências conforme a atividade regulada: a) serviços públicos propriamente ditos – ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ e ANAC; b) atividade de fomento e fiscalização de atividade privada – ANCINE; c) atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo – ANP; d) atividades que o Estado também protagoniza, mas que são facultadas aos particulares – ANVS, ANVISA e ANS; e) agências reguladoras de uso do bem público – ANA. (MELLO, 2011)

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera apenas dois tipos de agências reguladoras: as que exercem função típica de poder de polícia, como a ANVISA, ANS e ANA, e as que regulam as atividades que constituem concessão, permissão ou autorização de serviço público, como: ANTT, ANP, ANEEL, ANTAQ, ANAC, entre outras. (DI PIETRO, 2011)

Explica que as primeiras são, e muito, diferentes das entidades já existentes, que não possuem o vocábulo de agência, como o Banco Central do Brasil, Conselho Monetário Nacional, Secretaria da Receita Federal e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). E é na segunda classificação que se encontra inovação do direito, que é a concessão, permissão e autorização de atividades antes exercidas pelo poder público, mais especificamente, pela Administração Pública Direta.

Frisa-se que a Constituição da República não adota o vocábulo “agência” para designar nenhum instrumento de controle estatal, mas sim, a palavra “órgão”, concluindo que

a palavra “agência” foi importada do direito norte-americano. Nota-se que anteriormente existia o DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – cujas funções foram delegadas à ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, e mais tarde à ANA – Agência Nacional das Águas.

O verdadeiro problema das agências reguladoras é até onde vai sua autonomia para “regular” sem afrontar o Poder Legislativo. Analisando, percebe-se que as Leis que as criam devem lhes conferir o poder de definir normas estritamente técnicas, jamais contrapondo normas presentes na legislação em vigor, de acordo com o princípio da razoabilidade e da legalidade.

Assim, analisando as características comuns, a maioria das agências reguladoras exerce função regulatória a serviços públicos e atividades econômicas em sentido amplo; contam com instrumentos, previstos em lei, que asseguram razoável autonomia perante o Poder Executivo; possuem um amplo poder normativo no que concerne às áreas de sua competência; e submetem-se como todas as entidades integrantes da Administração Pública aos controles judicial e legislativo, sem qualquer peculiaridade.

De acordo com o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, pode-se classificar as agências existentes em dois grupos: agências reguladoras, com função básica de controle e fiscalização, adequada para regime de desestatização, e as agências executivas, mais apropriadas para a execução efetiva de certas atividades administrativas típicas do Estado. (CARVALHO FILHO, 2011).

Explicado o conceito das agências reguladoras nos tópicos acima, cabe discorrer sobre do que tratam as agências executivas. Primeiramente, cabe dizer que as agências executivas não têm por premissa controlar os atos de particulares que exercem serviço público, mas sim, têm por função a atividade estatal centralizada. A base de atuação é a operacionalidade, visando à implementação da atividade descentralizada.

### **4.3 Agência Nacional de Telecomunicações**

O artigo 21, inciso XI da Constituição Federal c/c artigo 1º e seguintes da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, criação e funcionamento de um órgão regulador, nos termos da Emenda Constitucional nº 08 de 1995, qual seja, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações.

O artigo 8º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), dispôs sobre o órgão regulador das telecomunicações, estando assim redigido:

Art. 8º: Fica criada a Agência Nacional de Telecomunicações entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, com sede no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.

Esta mesma lei estabelece, em seu artigo 19, inciso IV, que compete à Agência Nacional de Telecomunicações “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”.

Já o artigo 1º do mesmo Diploma Legal, estabelece a competência da ANATEL, *in verbis*:

Art. 1º: Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único: A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento das redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Desse modo, a Internet não foi definida como um serviço de telecomunicações por parte da LGT, e sim como Serviço de Valor Adicionado - SVA, consoante se denota do artigo 61, a saber:

Art. 61: Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

Parágrafo primeiro: Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Assim, pelo entendimento normativo temos que o serviço de valor adicionado é suportado por um serviço de telecomunicações; que o SVA não se confunde, e não constitui um serviço de telecomunicações; que o provedor de SVA é um usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte; e, por fim, que é assegurado o uso das redes de serviços de telecomunicações para a prestação do SVA.

Para prover os meios de acesso a Internet, o interessado deverá obter, junto a Anatel, autorização para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que possibilita a oferta de tráfego de informações multimídia (símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza), a assinantes dentro de uma área de prestação do

serviço, conforme disposto no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução n.º 272, de 9/8/2001. A autorização para a exploração do SCM não se dará a título gratuito, sendo devido o Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações - PPDESS, no valor de R\$ 9.000,00, que poderá ser recolhido em até 3 parcelas semestrais (Regulamento aprovado pela Resolução n.º 386, de 3/11/2004). Além do referido preço, serão devidas a Taxa de Fiscalização de Instalação - TFI e a Taxa de Fiscalização de Funcionamento - TFF (Lei 9.472/1997), bem como as contribuições para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST (Lei nº 9.998, de 17/08/2000) e para o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações - FUNTTEL (Lei nº 10.052, de 28/11/2000).

Em suma, a Internet não foi abarcada pela Lei Geral de Telecomunicações, estando a Agência Nacional de Telecomunicações desincumbida de normatizar e fiscalizar o seu regular funcionamento.

Desta feita, a regulação, gestão e manutenção técnica da Internet no Brasil ficou a cargo do CGI.br, sobre o qual já tecemos comentários a cerca da sua complexa instituição, falta de constituição por lei e ineficácia operacional.

Uma das alternativas vislumbradas ao longo desse trabalho será a criação de uma agência reguladora específica para a Internet ou, então, uma alteração na Lei Geral de Telecomunicações, para tirar a Internet de um serviço de valor adicionado, para telecomunicações e, assim, ser abarcado pela ANATEL.

## 5 O CONTROLE

A Internet é um veículo de informação e comunicação de massa, utilizada em grande escala na era digital.

Toda atividade que atinge um grande número de usuários em escala mundial, como a *world wide web*, envolve riscos que podem afetar tanto os que a utilizam quanto aqueles que fornecem meios operacionais para o seu funcionamento.

Os meios para minimizar os riscos e sobretudo – controlar os mesmos – são a tônica deste trabalho.

Conforme já asseverado em capítulos anteriores a norma é o instrumento de pacificação social e deve ser empregada para controlar as atividades exercidas, seja no âmbito governamental ou empresarial.

No caso do assunto em debate, o controle da Internet, sobretudo no território nacional, tem-se uma ausência de normas para a sua relação e controle, o que atrai a utilização da corrente tradicionalista, a qual impõe a utilização das normas já existentes e aplicação do instituto da analogia.

Entretanto, essa lacuna legislativa acarreta que o controle esteja cada vez mais sendo exercido pelo Judiciário, o qual pode não ter conhecimento técnico suficiente de aparatos tecnológicos para julgar as demandas que a era digital impõe.

A caracterização da sociedade de risco e as formas de controle, sobretudo o democrático, é o que será demonstrado a seguir.

### 5.1.1 Regulação pelas normas

#### 5.1.1 *O fato social*

Embora Comte seja considerado o pai da sociologia e tenha lhe dado esse nome, Durkheim é apontado como um de seus primeiros grandes teóricos.

Imbuído dos princípios positivistas, Durkheim queria definir com rigor a sociologia como ciência, estabelecendo seus princípios e limites, rompendo com as ideias de senso comum.

Em uma de suas obras fundamentais, *As regras do método sociológico*, publicada em 1815, Durkheim definiu com clareza o objeto da sociologia – os fatos sociais.

O fato social é experimentado pelo indivíduo como uma realidade independente e preexistente.

A primeira característica é a da coerção social, ou seja, da força que os fatos exercem sobre os indivíduos, levando-os a se conformarem às regras da sociedade em que vivem, independente de sua vontade e escolha. Como exemplo da coerção social temos o idioma, a formação familiar e o código de leis ou regras morais. (CASTRO, 2003)

A força coercitiva dos fatos sociais se torna evidente pelas “sanções legais” ou “espontâneas”.

As sanções legais são as prescritas pela sociedade, sob a forma de leis, nas quais se define a infração e se estabelece a penalidade correspondente, como por exemplo, avançar o sinal e receber uma multa de trânsito.

Já as sanções espontâneas são as que afloram como resposta a uma conduta considerada inadequada por um grupo ou por uma sociedade, como por exemplo os olhares de reprovação.

O comportamento desviante pode não ter penalidade prevista em lei, mas o grupo pode espontaneamente reagir contra quem se comporta de forma discordante em relação a determinados valores e princípios, tais como jogar lixo no chão ou fumar em certos ambientes.

Existem ações repressoras até mesmo em grupos que se formam de forma espontânea como as gangues e as tribos. Tais ações exigem um padrão de comportamento, indumentária e linguagem. As infrações dessas normas de conduta podem levar ao banimento do indivíduo do grupo.

A segunda característica é a exterioridade, característica que transmite o fato de os padrões de cultura serem exteriores aos indivíduos, ou seja, o fato de virem do exterior e de serem independentes das suas consciências. (CASTRO, 2003)

A terceira e última característica é a generalidade, dado que os fatos sociais existem não para um indivíduo específico, mas para a coletividade. Podemos perceber a generalidade pela propagação das tendências dos grupos pela sociedade, por exemplo. Formas de habitação, sistemas de comunicação e a moral existente numa sociedade apresentam essa generalidade. (CASTRO, 2003)

Toda a teoria sociológica de Durkheim pretende demonstrar que os fatos sociais têm existência própria e independem daquilo que pensa e faz cada indivíduo em particular.

Embora todos possuam sua “consciência individual”, seu modo próprio de se comportar e interpretar a vida, podem-se notar, no interior de qualquer grupo ou sociedade, formas padronizadas de conduta e pensamento.

Essa constatação está na base do que Durkheim chamou de “consciência coletiva”.

A consciência coletiva é, em certo sentido, a forma moral vigente na sociedade. Ela aparece como um conjunto de regras fortes e estabelecidas que atribuem valor e delimitam os atos individuais.

É a consciência coletiva que define o que, numa sociedade, é considerado imoral, reprovável ou criminoso.

Com o enfoque positivista a norma é a consumação da consciência coletiva, o que faz ser tangíveis os limites, princípios, deveres e obrigações entre os seres humanos. Assim, o direito passa a ser ferramenta importante, para não dizer, essencial, para o controle social.

Rosa assim corrobora com os argumentos aqui esposados:

O Direito é fato social. Ele se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade. É o instrumento institucionalizado de maior importância para o controle social. Desde o início das sociedades organizadas manifestou-se o fenômeno jurídico, como sistemas de normas de conduta a que corresponde uma coação exercida pela sociedade, segundo certos princípios aprovados e obedientes a formas predeterminadas.

A norma jurídica, portanto, é um resultado da realidade social. Ela emana da sociedade, por seus instrumentos e instituições destinados a formular o Direito, refletindo o que a sociedade tem como objetivos, bem como suas crenças e valorações, o complexo de seus conceitos éticos e finalísticos. (ROSA, 1975, p. 53)

O autor Fellipe Rosa entende que a norma é um resultado da realidade social e que é emanada pela própria sociedade. De modo diferente ao que aduz o filósofo Luis Moreira, que diz que a norma é oriunda do Estado com o fito de controlar os seus súditos.

Comungamos com Kelsen quando esse afirma que as normas são instrumentos de pacificação social.

### *5.1.2 A Constituição e a norma como um simulacro*

A Igreja utilizava do catecismo como forma de doutrinação dos fiéis e da confissão como forma de controle da submissão dos crentes à instituição eclesiástica. Dessa forma, era o pecado quem unia o crente à Igreja.

Com o advento do Estado Nacional ocorre o fenômeno definido por Paolo Prodi como “o eclesiastismo do Estado”.



Fato importante para o fenômeno vem com o advento do protestantismo, mormente com Martinho Lutero, que retira do clero a mediação entre a humanidade e Deus, trazendo para os súditos o sentimento de pertença. Ora, a alma dos súditos não mais pertenciam só a Deus como estava enraizada no Estado em que viviam. (SARAIVA, 1984)

Desse modo, o poder secular avoca para si o poder político, centralizando-o nas mãos do soberano, de modo que a centralidade eclesiástica será substituída.

Assim, o poder estatal para sua sobrevivência, se firma com a aceitação popular e, paradoxalmente, para tanto, através do monopólio da força para se proteger tanto dos súditos quanto da própria fragmentação dos poderes.

O Estado adota a burocracia como forma de capilarizar o poder secular tal como o clero o fazia através das várias instituições criadas pela Igreja. Mais, o Estado passa a fornecer benesses com o propósito de gerar a sensação de “bem-estar” a seus súditos para que estes se tornem cada vez mais dependentes do Estado e mais obedientes às normas por este emanada.

Aqui se opera a transmutação do indivíduo, que passa a ter o domínio da consciência, caracterizando-se como sujeito por via do sentimento de pertença. A partir desse momento, da assunção do sujeito, “a realidade não mais será concebida como imanente, mas será uma emanção da subjetividade”. (MOREIRA, 2007)

Dessa sorte, o crente passa a perseguir a moralidade tal como adotara os preceitos da igreja. Opera-se a osmose entre a consciência e o direito positivo. Há uma jurisdicização da consciência, ao mesmo passo em que ocorre a sacralização da norma jurídica. (MOREIRA, 2007)

Assim, o Estado passa a ser a instituição legiferante e judicante da sociedade.

Nas próprias palavras de Luiz Moreira:

Exatamente neste momento a Constituição é posta como simulacro. A simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura.

O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembleia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é ato de outorga que uma assembleia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito. (MOREIRA, 2007, p. 93-4)

A crítica a este modelo opera com a sacralização da norma jurídica por via da constituição, onde mais uma vez os mortos (antes representados por Deus e agora por via dos

constituintes originários) continuam a governar os vivos. Os dogmas religiosos são substituídos pelas cláusulas pétreas, o catecismo como catálogo de deveres e obrigações é substituído pelos códigos e o controle outrora exercido pelo confessor passa a ser do Estado, o grande confessor. (MOREIRA, 2007)

A Constituição se qualifica como uma tábua de valores ao passo que os direitos e garantias fundamentais nela circunscritos ficam protegidos pela própria atuação do Estado, pois sem eles a soberania jamais poderia ser exercida.

Posição semelhante se apresenta com o manifesto “em defesa da sociedade” de Foucault:

Que, atualmente, o poder se exerça ao mesmo tempo através desse direito e dessas técnicas, que essas técnicas da disciplina, que esses discursos nascidos da disciplina invadam o direito, que os procedimentos de normalização colonizem cada vez mais os procedimentos da lei, é isso, acho eu, que pode explicar o funcionamento global daquilo que eu chamaria uma “sociedade de normalização”. (FOUCAULT, 1999, p. 46)

A crítica que se faz ao filósofo Luiz Moreira é de como o Estado poderia exercer o seu controle e ao mesmo tempo ter o seu próprio poder limitado, senão por força da norma maior, que é a Constituição.

Já Foucault aduz que as normas são uma forma que o homem encontrou para colonizar o futuro e ficar preso dentro desta delimitação.

A ideia de um Estado sem norma, sem controle e sem limitação de poder é estranha e foge até da função primordial do direito que é ser um instrumento de pacificação social.

## 5.2 A norma

A norma como instrumento de pacificação social implica em tecer padrões de conduta para a humanidade, ditando regras de convivência.

Hans Kelsen assim conceitua:

Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente, o poder dele próprio estabelecer normas. (KELSEN, 2006, p. 05)

Clara é a posição de Hans Kelsen no tocante de que a norma é um ato humano, emanada para que algo ocorra de uma maneira prevista, determinada por uma conduta já determinada e padronizada e elaborada e editada, por pessoas capazes para tanto.

Desnecessário dizer que Kelsen é um dos maiores expoentes do positivismo jurídico, corrente esta que define a norma como um comando emanado por um poder previamente autorizado para tanto, sendo portado eivada de validade.

Norberto Bobbio assim conceitua:

O positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da *validade*, considerando portanto como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da eficácia. (BOBBIO, 1995, p. 142)

Entretanto, uma outra corrente doutrinária, a do realismo jurídico aduz que além da norma ter validade ela tem que ser imbuída de eficácia.

Novamente, Bobbio aduz que:

A diversidade entre a definição juspositivista e a realista nasce, em última análise, do modo diverso de individualizar a fonte do direito. O que significa para um realista dizer que o direito são as normas efetivamente cumpridas? Em outras palavras: que conduta se observa para estabelecer a efetividade de uma norma? Talvez a conduta dos cidadãos? Não: quando os realistas falam de eficácia do direito não se referem ao comportamento dos cidadãos; não pretendem dizer que são direito as normas aplicadas por estes últimos, e isto por dois motivos: em primeiro lugar, se se devesse acolher uma semelhante definição do direito, este não existiria porque não há normas jurídicas que todos os cidadãos respeitem; em segundo lugar, é extremamente difícil (e praticamente impossível) desenvolver uma investigação sociológica para se verificar se e em qual medida os cidadãos aplicam certas normas jurídicas.

Falando de eficácia, os realistas se referem ao comportamento dos juízes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Normas jurídicas são, pois, aquelas que os juízes aplicam no exercício de suas funções, vale dizer no dirimir as controvérsias. A definição realista do direito não faz consequentemente tanta referência ao legislador que estabelece a norma, mas sobretudo ao juiz que a aplica; naturalmente no aplicar as normas legislativas é possível que o juiz lhes modifique o conteúdo, e portanto é possível uma divergência, uma defasagem entre o ordenamento do legislador e dos juízes. (BOBBIO, 1995, p. 143)

Assim, pela corrente realista o direito deve se ater ao aspecto funcional da norma para que os magistrados possam utilizá-la da melhor maneira possível e a sociedade passe a ser tocada por essa aplicação.

Tem-se que o juiz não pode ser “a boca da lei”, para onde todo o aparato legislativo irá desencadear. O realismo jurídico vai mais além, contextualiza como a norma foi elaborada

(requisito da validade), como foi aplicada, como foi interpretada (eficácia) e quais consequências deste conjunto irão impactar na sociedade.

O direito deve formular com certa precisão regras de conduta que indicam o que é obrigatório, permitido ou proibido, para atingir esses fins e realizar esses valores. Conseqüentemente, o juiz não pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais; deve remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade, uma vez que o que conta, acima de tudo, é o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei. (PERELMAN, 2004)

Perelman ilustra a concepção funcional com vários exemplos, dentre eles a de uma lei que proíbe a entrada de veículos no parque municipal. A indagação postulada é se todo e qualquer veículo estava proibido, até mesmo uma patinete ou carrinho de bebê. Ainda, se o agente público deveria coibir a entrada de uma ambulância caso um cidadão tivesse um ataque cardíaco, ou mesmo de um táxi chamado para socorrer uma criança acidentada.

A regra em si, não prevê qualquer exceção. No entanto, não se pode excluir a possibilidade de um caso de força maior, de situações especiais em que se admitiria uma exceção. Tem que se ater não só à letra da regra mas também a seu espírito, à intenção que presidiu a sua adoção, o desejo de salvaguardar a tranquilidade e a segurança um local público destinado a crianças e transeuntes.

O cuidado dos magistrados deve ser para não ultrapassar o princípio da equidade e cair no famoso paternalismo pretoriano, onde os juízes tentam fazer das suas decisões - trabalhos hercúleos, o que pode suprimir a garantia jurídica.

### 5.2.1 *A norma para o realismo jurídico*

Javier Hervada aduz quais são as principais funções da norma: política (organização da sociedade); moral (regra de conduta pessoal) e jurídica (regra de direito). Ainda, que as funções da norma são as de causa e medida do direito. A função de causa está contida na norma, porque por meio dela se exerce o domínio próprio do poder público ou do domínio que cabe aos particulares (contrato). A segunda função da norma está em regular o direito, dar a medida: sua delimitação e os requisitos. O axioma gerado pela causa e medida gera um duplo efeito da norma. Por um lado a norma é reguladora e por outro é constitutiva de direito. (HERVADA, 2008)

Ainda, salienta que a norma como regra de conduta ou orientação do agir humano é perspectiva da filosofia política, mas não é adequada à filosofia jurídica. A ciência jurídica

não é a ciência social nem a arte de organizar a sociedade. Para a filosofia do direito o que interessa é a norma como regra jurídica - causa e medida do direito. A norma jurídica é o *ratio iuris*, ou seja, a regra do direito ou a norma jurídica e o estatuto do direito (HERVADA, 2008)

A natureza jurídica da norma, pela definição clássica, é a que seja um mandato ou ato de poder. A norma jurídica tem sua origem no poder – é o ato de mandar – e é uma regra dos atos humanos.

Esta definição é para os autores que ignoram a noção de norma e se concentram na lei, dado que a lei tem origem no poder público. A norma jurídica é obrigatória e vinculativa, mas nem sempre é imperativa ou mandatária de um poder.

Javier Hervada discorda da posição de Kelsen que afirma que a norma jurídica seria uma regra de conduta. Isto, em virtude de haver normas que são constitutivas de direito (atribuem coisas, transferem direitos, criam órgãos de governo, dentre outros). Assim, não são os tipos de normas que regulam atos, mas que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas.

Kelsen é o autor da teoria que define as normas jurídicas como juízos hipotéticos. As normas de direito deveriam ser consideradas uma consequência hipotética ou condicional: se acontecer de fato tal hipótese, implicará em tal sanção ou consequência jurídica, e não um mandato categórico (faça isso!). (KELSEN, 2006)

A norma possui racionalidade como regra de agir: o homem deve agir conforme a sua natureza e tratar os demais conforme a deles. A função de ordenar: regular e ordenar é um ato humano no qual intervêm a vontade e a inteligência, já que se trata de regras e ordenações desejadas, ao mesmo tempo se trata de um ato humano da inteligência ou razão. Ainda, pode se dispor a ser um ato de império: é um ato de governo, de orientação de condutas, de dar uma regra vinculativa. (HERVADA, 2008)

### **5.3 Controle pelas normas**

Como dito anteriormente, não só as normas são elementos de controle para a humanidade. Um simples olhar de reprovação, uma forma de vestimenta obrigatória em tribos e gangues também são uma forma de regular o convívio social, como definido com muita propriedade o fato social por Durkheim.

Foi também dissertada a inteligente opinião de Luiz Moreira ao sopesar a importância da Constituição, por não atribuir a esta uma tábua de valores e ao afirmar que o entendimento dos mortos não pode se impor aos vivos ao mencionar as cláusulas pétreas.

A escola do positivismo capitaneada por Kelsen já enfatiza a norma como instrumento hábil para promover a paz social.

Já o realismo jurídico aponta que para a norma ser um instrumento hábil ela tem que ser válida e eficaz.

Portanto, pode-se dizer que o controle dos riscos realizados por via das normas foi inserido como via de desestimular a prática de atividades nocivas à humanidade.

Exemplo atual do controle do risco elaborado por via das normas é o princípio da precaução do direito ambiental.

A Lei de 11.105/05 (Biossegurança), por exemplo, tem como diretriz a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (art. 1º, *caput*).<sup>1</sup>

No âmbito internacional, a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), que tem adesão e, inclusive, ocorreu no Brasil, proclamou o princípio da precaução (Princípio 15), dispondo que, para proteger o meio ambiente, esse princípio deve ser amplamente observado pelos Estados, conforme suas capacidades. Se houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser invocada como razão para preterimento de medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenção da degradação ambiental.

Nicolas Treich, Gremaq, citado por Machado, nos ensina que:

o mundo da precaução é um mundo onde há a interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se. (MACHADO, P. A., 2003, p. 57)

Ademais, é sabido que os riscos ambientais são de difícil e, em alguns casos, impossível reparação, devendo-se adotar posturas preventivas em relação à ocorrência de danos como forma de proteção ao meio ambiente e à saúde humana.

Outrossim, existem as normas que são emanadas para desestimular o abarrotamento do judiciário de causas de menor importância, como, por exemplo, a exigência dos depósitos recursais.

---

<sup>1</sup> Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente

A sociedade pós-industrial tem como característica não só a produção em massa como a disseminação dos meios de comunicação e informação originada, principalmente, pela Internet.

Para atender aos consumidores de massa foi editado o Código de Defesa do Consumidor, que visa a proteger os hipossuficientes das empresas que lançam produtos no mercado sem a elaboração de todos os testes e que chegam ao mercado por vias escusas ou pelo precário controle estatal.

Sobre o tema Duarte e Montenegro:

Quando envolvida relação de consumo, também há uma tentativa especial ao risco repassado ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, dispõe algumas características às ações coletivas e individuais, que poderão ser utilizadas para garantir a não ocorrência do dano, ou se já efetivado, busca-se a reparação deste. Nesse sentido, a Lei 8.078/90 estabelece a legitimação para as ações, dispensando o requisito de pré-constituição para as associações. (DUARTE; MONTENEGRO, 2008, p. 596)

Entretanto, a intenção do direito não está em colonizar o futuro, e sim utilizar as normas com o fito de pacificação da sociedade.

#### 5.4 Sociedade de risco

O risco, obviamente, não é um elemento incorporado pela época industrial ou pós-industrial, ele sempre existiu.

A Teoria do Caos verbera que: “o adejar das asas de uma borboleta pode causar um furacão do outro lado do mundo”, proclamada por Edward Lorenz. (PERCÍLIA, 2009)

Os romanos consideravam o risco sob o conceito de *casus fortuitos*, igualmente denominado *vis maior* (força maior). (BRAGA, 2005)

No contexto da globalização, das inovações tecnológicas e da complexização das sociedades, novos riscos são gerados e a gestão dos mesmos precisa ser discutida.

Luhman contextualiza o risco:

Superando manifestações de cunho religioso, ou mesmo dotadas de certo viés de espiritualidade, a sociedade contemporânea incrementa formas de enfrentar as incertezas, destacando assim o risco e seus conceitos interligados, como a desordem, catástrofe, caos. (LUHMANN apud PEREIRA, A., 2006)

Beck e outros descrevem essa nova sociedade, a qual denominam de “sociedade de risco”, como:

uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 15).

Vive-se um momento de tomada de consciência do paradoxo inerente ao conhecimento científico, que, ao gerar o progresso e se desenvolver para a produção de bens de consumo, gera riscos que não são dimensionados, ou previstos.

Nas palavras de Rodolfo Pereira:

Por um lado, os avanços tecnológicos quotidianos corroboram a crença entusiasta na virtuosidade da ciência e do seu projeto de moldagem técnica da natureza e benefício da melhoria da qualidade da vida humana. As inovações no campo da medicina, das utilidades domésticas, da comunicação, do meio ambiente, entre tantos outros, representam uma espécie de “aquisição civilizacional”, cujo efeito é o incremento – ou ao menos a possibilidade real de incremento – das condições atuais do existir humano comparativamente aos modos de vida de épocas passadas. (PEREIRA, R., 2008, p. 127)

O problema que aqui se coloca é o fato de os riscos não somente escaparem à percepção sensorial e excederem à nossa imaginação, mas também não poderem ser determinados pela ciência. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

O risco, desta feita, ganha diversas conotações, dentre elas a invisibilidade, imprevisibilidade, supranacionalidade, atemporalidade e irreversibilidade de suas consequências. Todavia, esses riscos, a priori, só são percebidos em momentos posteriores ao que foram produzidos, inviabilizando a determinação das relações de causa e efeito e sua consequente responsabilização, além de poder vir a atingir as futuras gerações. (LE MOS, F., 2009)

O exemplo clássico é o em 1986 acidente na Usina de Chernobyl na Ucrânia, onde milhares de pessoas morreram no ato e outras milhares morrem devido ao câncer gerado pelo acidente.

Mesmo diminuindo os números em relação ao Greenpeace, a OMS afirma que 9 mil mortes a mais por câncer ainda são demais. A organização quer monitoramento contínuo de saúde na região e também maior ênfase em fornecimento de informações confiáveis e precisas às pessoas afetadas. (AMBIENTE BRASIL, 2006)

Essa nova categoria de risco se caracteriza primeiro, porque gera danos em larga escala que podem culminar na extinção total da vida; segundo, porque implica o reconhecimento pela ciência da sua incompetência para prever e dimensionar os danos e para



administrá-los; por fim, porque o risco é resultado e o efeito de uma decisão consciente da imprevisibilidade e incerteza das suas consequências, o que o distancia das pretensões de controlabilidade e cognoscibilidade (PEREIRA, R., 2008).

Sobre o tema Leite e Ayala:

o ingresso na sociedade de risco começa exatamente onde os princípios de cálculo da sociedade industrial são encobertos e anulados, e no momento ‘[...] em que os perigos socialmente decididos e, portanto, produzidos, sobrepõem os limites da segurabilidade. (AYALA; LEITE, 2008, p. 17)

A sociedade torna-se reflexiva, considerando esse termo em sua conotação mais restrita, uma vez que ela se converte em um tema e um problema para si mesma, configurando-se o “retorno da incerteza”. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

A falibilidade do conhecimento científico e das formas clássicas e institucionalizadas de tomada de decisões deve ser controlada de uma forma inteligente para evitar decisões equivocadas dos magistrados, normas impossíveis de serem cumpridas e contratos ineficazes de seguro.

Enfatiza-se que, por não haver limites espaciais em relação aos novos riscos, alertam que todos os que estão sob essa ameaça são, ao mesmo tempo, participantes e parte afetada, sendo corresponsáveis. Ainda que a modernização reflexiva representa o estágio em que o progresso pode transformar-se em autodestruição. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997)

## **5.5 O controle do risco**

Mais do que controlar o risco a sociedade busca uma maneira de coexistir com ele.

Para tanto, a sociedade tenta colonizar o futuro e cria mecanismos de recompensa com os riscos gerados tanto pelos perigos existentes no cotidiano quanto aqueles provocados pela própria ciência.

O mercado, desde os primórdios do comércio, elegeu os contratos de seguro como forma de mutualizar os riscos e prevenir sobre qualquer catástrofe que pudesse ocasionar em prejuízos.

Nas palavras de Beck:

No âmbito do direito civil, o problema do risco reenvia a discussão aos intensos mecanismos de controle, dados por meios indenizatórios. À luz do reconhecimento da chamada crise ecológica, a incerteza retorna com diferente matiz, à medida que os conceitos da sociedade industrial são contrapostos a novas vertentes da modernização reflexiva. Assim, o risco, a um só tempo, pressupõe e libera decisões. (BECK, GIDDENS, LASH, 1997)

Dessa forma, o direito civil utiliza-se, preponderantemente, dos contratos de seguro e das indenizações com a chancela do Poder Judiciário para socializar e controlar os riscos inerentes às atividades exercidas pelo homem.

## 5.6 Socialização dos riscos – contratos de seguro

A socialização dos riscos foi realizada através dos contratos de seguro que têm a finalidade de mutualizar os danos emergentes. Desta feita, seguros de vida, de casa, de incêndio, de responsabilidade civil, morte, planos de saúde, dentre outros, proliferaram de forma soberba desde o início das operações comerciais.

As primeiras notícias que se têm de tentativas de se proteger contra riscos inerentes à atividade comercial vêm da China Antiga, no período de 5.000 a 2.300 a.C. A civilização chinesa neste período utilizava-se do rio Amarelo como via de transporte de pessoas e mercadorias. A principal prática a fim de minorar prejuízos advindos de qualquer acidente era a distribuição de mercadorias dos vários comerciantes em várias embarcações. Dessa forma, fragmentando-se as cargas, em caso de um afundamento, nenhum comerciante perderia toda sua mercadoria, mas apenas frações. Essa técnica, apesar de outras formas que surgiram de minimizar prejuízos, ainda é utilizada na atualidade devido à sua eficiência. (LOUREIRO, 2003)

Entretanto, os riscos apresentados nos primórdios dos contratos de seguro eram relativamente pequenos ao se comparar com os riscos da sociedade pós-industrial. O que poderia ocorrer era uma catástrofe natural ocasionando o naufrágio de uma embarcação, a perda de um membro por um artesão, acidentes de trabalho na lavoura, entre outros.

Há que se prevenir antecipadamente de alguma forma dos riscos que porventura possam existir, valendo-se da máxima *mínima de malis*.

Wilson Melo da Silva trata com propriedade sobre o tema:

Mas a necessidade de que se concilhassem as duas séries de cousas, para muitos, antitéticas, da atividade e do risco, acabou por levar à prática, ampliada, dos seguros.

Com efeito: pelo seguro e a preço relativamente baixo, compra o autor, o direito de não ter suas atividades cerceadas como, a vítima, a certeza de que sempre seja indenizada, pelo afastamento de uma possível insolvência do agente. (SILVA, W., 1962, p. 297)

A atividade da securitização pelas empresas privadas é, de maneira geral, lucrativa, pois socializa os riscos entre os segurados. Stephen conceitua e analisa economicamente o instituto:

Essencialmente, uma apólice de seguro ideal isenta o indivíduo do risco proveniente de uma atividade potencialmente perigosa. Tendo o seguro, o indivíduo renuncia a alguma renda (o prêmio) para evitar uma possível perda substancial de renda (seja diretamente causada, pelo prejuízo ou perda causada a terceiros) durante o prazo de validade. O indivíduo agora tem *ceteris paribus* uma renda certa, independentemente do risco assegurado ou não.

As companhias de seguro são, em geral, lucrativas, porque dividem os riscos individuais com um grande número de segurados individuais. Sua responsabilidade é a expectativa do valor das perdas ocasionadas por seus segurados. (STEPHEN, 1993, p. 133)

A definição legal do seguro, de acordo com o art. 757 do Código Civil, é: contrato pelo qual o segurador se obriga a garantir, contra riscos predeterminados, interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, mediante o pagamento do prêmio por este.

Pela definição legal existente no direito brasileiro temos um confronto desta com o que fora até aqui exposto pela sociedade pós-industrial, uma vez que os riscos oriundos da ciência de hoje, em tempos de nanotecnologia, podem não ser previamente calculados, em virtude da ânsia de se colocar um produto no mercado e a precariedade do controle exercido pelo Estado.

A formação de grandes empresas que detêm a concentração do poder econômico e ditam as regras de mercado e os produtos a serem disponibilizados ao consumo da massa podem provocar danos não previstos. Hoje, se tem uma sede de lançar novos produtos em tempos cada vez mais curtos o que inibe o cálculo e real análise dos riscos o que aflige os consumidores.

A velocidade na ciência moderna pode ser medida pela preocupação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial ao tratar das patentes da nanotecnologia, a saber:

INPI divulga alerta tecnológico sobre nanobiotecnologia

Ao manipular a matéria numa escala tão pequena quanto a de um bilionésimo do metro, a nanotecnologia ampliou a capacidade das pesquisas em todas as áreas. Quando ela é aplicada às ciências da vida, surge a nanobiotecnologia com implicações ainda mais drásticas. E que podem chegar, em breve, à vida das pessoas, pois já existem vários pedidos de patentes sobre o tema.

Em mais uma edição da série "Alerta Tecnológico", publicada pelo Centro de Divulgação, Documentação e Informação Tecnológica do INPI, foram encontrados 827 documentos de patentes publicados no segundo semestre de 2008. Mais da metade deles são de norte-americanos, seguidos por chineses, japoneses, sul-coreanos e alemães. O Brasil é apenas o 12º da lista.

O alerta também revela que a principal aplicação destas patentes em nanobiotecnologia são as preparações medicinais. Entre os depositantes, a líder do ranking é a empresa Elan Pharma.

O objetivo do alerta é divulgar novas tecnologias em áreas estratégicas para o Brasil, fornecendo às empresas e centros de pesquisa brasileiros informações sobre as principais tendências mundiais no patenteamento em determinados setores tecnológicos, além de revelar quais países e empresas são os responsáveis pelos pedidos. (INPI, 2010)

Em tempos da sociedade pós-industrial não há controle hábil por meio dos contratos de seguro para os agentes biológicos mal incorporados pela ciência e despidoradamente patenteados e lançados ao mercado, sob a justificativa do lucro a qualquer preço.

Sob a ótica legal as seguradoras podem e tentam a todo custo se esquivar dos sinistros não previstos pelas apólices.

Interessante apontar que a análise econômica do direito faz uma crítica fundada sob o controle do risco por via dos contratos de seguro. Segundo esta teoria, quanto mais pessoas tiverem em seu poder apólices de seguro, menos elas vão se preocupar com os riscos, aumentando, assim, as perdas.

Nas palavras de Stephen:

O seguro, entretanto, dá origem ao risco moral: um indivíduo protegido pelo seguro não tem incentivo para evitar a perda e *ceteris paribus* o seguro pode levar a um aumento no número de perdas. Observemos que as grandes organizações que possuem auto-seguro ficam encorajadas a tomar cuidado, porque os custos dos acidentes lhes são internalizados, ou seja, não há o risco moral.

Uma consequência do risco moral é que o seguro ideal deveria não só providenciar a cobertura completa, mas os prêmios deveriam refletir o comportamento do segurado. Isto é difícil para ser feito *ex ante*, mas pode ser feito *ex post* através de bônus de não-reclamação e cobrança adicional por um comportamento que provavelmente daria origem a uma maior incidência de reclamações; por exemplo, condenações no automobilismo, deduções compulsórias e co-seguro. (STEPHEN, 1993, p. 133)

Ainda sobre o tópico da análise econômica do direito sobre o assunto em voga temos a teoria de Calabresi citado por Valjanovski sobre a responsabilidade por acidentes. Para este autor, os custos dos acidentes seriam minimizados se a parte que poderia ter evitado o acidente ao menor custo fosse responsabilizada pelas perdas decorrentes. (VELJANOVSKI, 1994)

O próprio Calabresi deu a essa regra o nome de “o custo mais baixo da prevenção”. É fácil exemplificar a ideia. Um taxista atropela um pedestre, causando-lhe danos no valor de

200 libras esterlinas. Descobre-se que o acidente resultou de uma falha do motorista de equipar seu carro com freios novos, no valor de 50 libras. Se o motorista fosse obrigado a pagar 200 libras à vítima, é claro que ele teria preferido comprar novos freios. Uma regra de responsabilidade, que transfere a perda sempre que estimulasse o motorista a colocar novos freios em seu carro, torna a solução mais barata para o indivíduo na solução eficiente. (VELJANOVSKI, 1994)

A análise econômica do direito consiste, em breve síntese, em mostrar o poder de alguns simples princípios de economia para racionalizar as leis e desenvolver uma base coerente para seu aperfeiçoamento.

## **5.7 Responsabilidade civil**

O direito civil veio a tratar os riscos por via das indenizações. Eis, portanto, que a responsabilidade civil tem o condão de tentar, ainda que por vias obtusas, fazer com que a vítima se torne indene, ou seja, sem o dano.

No entanto, a crítica que se tem é que nenhuma remuneração pode reparar a perda de um pai de família em um acidente ocasionado por um motorista de uma empresa de ônibus conduzindo um veículo sem condições de tráfego e completamente embriagado. Porém, tanto a reparação material originada do Direito Civil quanto a incidência do Direito Penal no caso em comento, e a pensão da viúva afeita do Direito Previdenciário, alivia a dor e ameniza o impacto econômico pela perda de uma pessoa economicamente ativa.

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta a culpa como o fundamento da obrigação de reparar o dano. Assim, não havendo culpa, não há obrigação de reparar o dano, o que faz nascer a necessidade de provar-se o nexo entre o dano e a culpa do agente.

A Revolução Industrial no século XIX fez que se mudasse o centro de referência da responsabilidade civil. Com a expansão do maquinismo, multiplicavam-se os acidentes causados aos operários. Com efeito, fazia-se necessário meios para que houvesse a reparação, já que a culpa era um fundamento por demais restrito.

Recentemente, porém, surgiu entre os juristas uma insatisfação com a chamada teoria subjetiva (que exige a prova da culpa), vista como insuficiente para cobrir todos os casos de reparação de danos: nem sempre o lesado consegue provar a culpa do agente, seja por desigualdade econômica, seja por cautela excessiva do juiz ao aferi-la, e como resultado muitas vezes a vítima não é indenizada, apesar de haver sido lesada. O direito passou então a

desenvolver teorias que preveem o ressarcimento do dano, em alguns casos, sem a necessidade de provar-se a culpa do agente que o causou. (PEREIRA, C. M, 1998)

Conseqüentemente, cresceram os mecanismos dos quais a responsabilidade civil passou a ser justificada pela ideia do risco, tais como as chamadas *culpa in vigilando*, *culpa in contrahendo*, *culpa in eligendo*.

A responsabilidade objetiva tem a função de buscar, recorrendo a certo grau de intimidação, revelando-se mecanismo mais eficaz em relação a outros procedimentos – como na responsabilidade subjetiva.

Materializou-se a responsabilidade em face do dano, rebuscando somente o nexo de causalidade e o risco criado, para não se deixar a vítima inocente sem a reparação do mal sofrido.

O art. 944 do Código Civil de 2002 diz que “a indenização se mede pela extensão do dano”. Sob a exegese da norma fica a máxima de que as indenizações não podem gerar enriquecimento sem causa – o que se denomina do princípio do pleno ressarcimento.

Entretanto, com fulcro na regra acima exposta, temos que no direito brasileiro, quando não se pode mensurar e individualizar o dano para gerar uma indenização a título de danos materiais, é, geralmente, feita uma compensação pelos magistrados por via das indenizações por danos morais.

Nas palavras de Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:

Como se sabe, o instituto da responsabilidade civil passou por sensível transformação ao admitir a atribuição do dever de ressarcir com amparo no dano, independentemente da ilicitude da conduta. Entretanto, responsabilizar os que agem culposamente e promover uma equilibrada distribuição dos riscos de certas atividades pode não representar o estágio final da responsabilidade civil. A tão pretendida socialização da teoria da responsabilidade civil, antes focada na análise subjetiva da conduta do ofensor, teria horizontes mais amplos do que a mera atribuição do dever de ressarcir àqueles que, mesmo agindo licitamente, criaram riscos para os direitos e interesses alheios. De fato, a responsabilidade civil encontraria um novo fundamento ético, consistente na promoção de condutas socialmente desejáveis pela rigorosa punição aos que violassem tais padrões comportamentais. (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 230-231)

Já na *Common Law* a regra é a indenização por danos materiais, sendo raras as indenizações por *pain and suffering* (danos morais).

No entanto, há no direito anglo-saxão o instituto *punitive damages* (indenização punitiva) o qual, vem ganhando força no direito brasileiro, mesmo que no ordenamento se diga textualmente que a indenização é um meio de se voltar ao *status quo ante*.

A função do instituto da indenização punitiva é oferecer uma condenação de monta vultosa não sobre a espécie do dano, mas sobre a conduta do seu causador. Como exemplo do instituto há o famoso caso Ford Corporation *versus* Grimshaw, onde, após um acidente de trânsito, o automóvel produzido pela montadora explodiu, causando a morte de três pessoas. A causa da explosão foi a colocação do tanque do reservatório do carburador na parte traseira do veículo, o que dava uma economia à empresa de quinze dólares por automóvel produzido. Em primeira instância a família Grimshaw obteve cento e vinte e cinco milhões de dólares, mas a Ford em grau de recurso conseguiu diminuir o *quantum* para três milhões e quinhentos mil dólares.

As indenizações punitivas nos Estados Unidos são arbitradas – via de regra – por júri popular. Entretanto, sucessivas condenações de valores astronômicos levaram recentemente a Suprema Corte daquele país a fixar certos parâmetros.

Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler asseveram:

Tão irrazoável foi a condenação, tão desproporcionada foi a pena que a Suprema Corte houve por bem instruir as demais Cortes estaduais a considerar três diretrizes na fixação dos *punitive damages* para todos os casos futuros, a saber:

I. o grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir qual repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: 1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; 2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced na indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); 3) se o alvo da conduta é um pessoa com vulnerabilidade financeira; 4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; 5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente.

II. a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*.

III. a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas. (MARTINS COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19)

Entretanto, mesmo ante a vedação do enriquecimento ilícito, as indenizações punitivas vêm de forma tímida ganhando corpo no cenário brasileiro, mas ainda esbarram na questão do seu efeito colateral, que é o enriquecimento da vítima.

Com a palavra Sampaio Júnior:

Trata-se, como dito, de conciliar o inconciliável. Na medida em que se aceita a ideia de que a indenização pode ter objetivo reprimir certas condutas e punir aquele que as praticou, a indenização necessariamente deverá ser superior ao montante efetivamente devido, pois, caso contrário, o *quantum* arbitrado não produzirá tal efeito. Destarte, a indenização punitiva traz, ínsita, a ideia do enriquecimento do ofendido, que receberá mais do que era devido. Esse, no entanto, e não é ocioso repetir, é o preço a se pagar para sancionar certas condutas. A sociedade aceita não só o enriquecimento da vítima como todas as demais consequências negativas

advindas da aplicação da teoria dos *punitive damages*, tais como o aumento de custos, o desestímulo a certas atividades e o aumento da conflituosidade social. (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 250)

Desse modo, o direito civil utiliza-se basicamente dos contratos de seguro e das indenizações para socializar e controlar os riscos inerentes às atividades.

Entretanto, fica demonstrada a dificuldade da mensuração das indenizações pela responsabilidade civil, pois há uma dificuldade em se atingir o princípio do pleno ressarcimento.

Ainda, existe uma grande dificuldade do Judiciário em analisar os casos em que a demanda se pauta em assuntos tecnológicos, como aqueles que envolvam o ambiente virtual.

## 5.8 Paternalismo pretoriano

O controle do risco na era digital realizado pela via judicial se mostra frágil, pois é feito amparado nos laudos dos auxiliares do Juízo (peritos). No entanto, dado a singularidade de cada ocasião, a complexidade dos temas expostos, faz dessa uma fórmula não muito confiável.

Rodolfo Pereira explana sobre o tema:

Como não deixar de opor uma preocupação defensiva quanto à adoção imediata e desimpedida de tecnologias inauditaíveis, cujos riscos podem se transformar em danos de largo espectro? Ainda que o critério escolhido para a resolução desse problema seja o da *expertise*, em que os argumentos técnicos sustentados pelos *experts* – tendentes normalmente à admissão do risco – se sobrepõem aos de origem profana – tendentes normalmente à precaução e à desaceleração do ímpeto desenvolvimentista –, a existência por si só de um dilema decisional confirma a necessidade da instauração de uma fase política no seio da cadeia de produção científica. (PEREIRA, R., 2008, p. 129)

Na mesma linha Alceu Maurício Júnior:

O judiciário trabalhava com as questões tecnológicas através da peritagem. Os riscos tecnológicos eram vistos simplesmente como uma questão de fato que o *expert* – o perito indicado pelo juiz – procurava esclarecer. Os novos problemas trazidos pela sociedade de risco alcançam um nível de complexidade que não permite simplesmente a aplicação dessa fórmula. (MAURÍCIO JÚNIOR, 2009)

Além do mais, em alguns casos, teria o Juiz um trabalho hercúleo para não só julgar as ações envolvendo a sociedade do risco nesta fase pós-industrial como também para especular



sobre as consequências que determinado produto ou ação possam vir a causar para a coletividade.

Com perspicácia explanam sobre o assunto Duarte e Montenegro:

Cabe ao juiz não só se certificar dos fatos, determinando o direito aplicável à situação concreta, mediante sanção de conteúdo positivo ou negativo; mas também passa a ser exigido do julgador, que cada vez mais, tenha um posicionamento especulativo devendo, portanto, fazer uma avaliação daqueles elementos que estão em perigo, bem como verificar quais os meios de se evitar ou atenuar os efeitos das lesões. Em havendo uma concretização destes danos os seus efeitos irão atingir as pessoas indistintamente e em proporções muitas vezes catastróficas.

A propagação do dano requer uma nova compreensão da função judicial, e não uma abdicação do controle dos atos administrativos ou a transferência de responsabilidade ao Executivo, como se tem tornado hábito.

Ao juiz é reservado um papel que se está ampliando na sociedade de risco, acrescenta-se à função judicial atual, a verificação de fatores que ameaçam direitos e consequente adoção de providências que evitem ou pelo menos amainem os efeitos nocivos à coletividade, especialmente aqueles que afetam interesses gerais. (DUARTE; MONTENEGRO, 2008, p. 597-598)

Com respeito à opinião dos autores acima citados, não pode e não deve ser dado tanto poder assim aos magistrados, sob pena de retirar a harmonia – que já não é lá das melhores – entre os Poderes. Ao juiz não cabe especular sobre o dano, e sim verificar se de fato esse ocorreu e determinar a responsabilização devida. O poder de fiscalizar tem que permanecer com o Poder Executivo e, caso contrário, restará comprovada uma usurpação de atribuição para um órgão que não tem conhecimento técnico sobre o assunto, pois invariavelmente convoca auxiliares para amparar as decisões.

Quando a análise do conflito se dá entre particulares, uma alternativa que vem sendo adotada, ante a complexidade da matéria e ineficácia do Poder Judiciário, é a arbitragem. Tal situação nos põe a par de uma apreensível insegurança jurídica.

Em recente artigo o jurista Pedro Eichin Amaral explica que:

Sob outro ângulo, proporcionalmente, são poucas as decisões envolvendo questões societárias, de direito da concorrência em restrições verticais, projetos de engenharia (fornecimento de plantas, industrialização sob encomenda, financiamento, construção e aquisição de aeronaves e embarcações, construção de termelétricas), transferência de tecnologia, operações de petróleo e gás, entre tantas outras, que exigem investimento de grande e médio porte.

A pouca exposição do Judiciário e de seus membros a esses assuntos, desde a formação, faz com que a arbitragem assumam papel decisivo na segurança jurídica do país. (AMARAL, 2010)

Rodolpho Sampaio explica sobre o paternalismo pretoriano no país:

No Brasil contemporâneo, o paternalismo jurídico se verifica como uma das modalidades de intervenção do Estado, fazendo-se presente em inúmeros textos legais. Contudo, também na jurisprudência, independentemente da instância ou da natureza do litígio, observa-se que há uma tendência em conferir excessiva proteção a certas categorias de pessoas, negando-lhes a possibilidade de agirem de acordo com a sua própria vontade e, em alguns casos, subtraindo-lhes *ex post factum* a capacidade de terem agido em determinadas situações, permitindo-lhes arrependem-se de seus atos sem terem que arcar com qualquer consequência. O binômio liberdade-responsabilidade fica, neste contexto, seriamente abalado. Confere-se ao indivíduo uma paradoxal dupla possibilidade de agir, concomitante e sucessivamente, e se lhe permite arrependem-se do caminho trilhado sem nenhum ônus. (SAMPAIO JÚNIOR, 2007, p. 4830-1)

Tem-se como exemplo do paternalismo pretoriano a Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da União Federal, autos número 2002.38.00.465529-6, em trâmite na 17ª Vara Federal, Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, cujo objeto é a retirada de circulação dos jogos digitais, disputados através da rede de computadores, *Counter Strike* e *Everquest*, sendo o primeiro amplamente difundido entre os adolescentes e jovens.

O procedimento foi impulsionado pelo Ministério Público Federal de Minas Gerais, após apuração veiculada pela TVBEM – Instituto de Defesa do Telespectador, com o intuito de proibir a comercialização dos citados jogos, sob a argumentação de que o conteúdo violento, com táticas de guerrilhas, uso de armas, cenas de morte dentre outros fatores, poderiam afetar o desenvolvimento de crianças e adolescentes no Brasil.

O processo tramita em face da União Federal pelo fato de o Ministério da Justiça ter publicado as Portarias 889/2001 e 1.100/2006, as quais apenas recomendavam que as aludidas formas de entretenimento fossem inadequadas para os menores de dezoito anos. As portarias não mencionavam proibição ou mesmo punição para a comercialização de referidos jogos.

A tônica dos procedimentos acima citados é o fato de que o jogo *Counter Strike* estava sendo praticado nas *Lan Houses* por menores de dezoito anos, contrariando as normas do Ministério da Justiça e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. A argumentação das *Lan Houses* baseia-se no fato de a norma da União Federal ser apenas uma recomendação e não uma obrigatoriedade. A egrégia Corte Mineira, entretanto, já consolidou o entendimento de que a prática dos jogos eletrônicos nesses estabelecimentos infringe o art. 258 do ECA.

A Ação Civil Pública tramitou, até a sentença, somente em face da União Federal, sem a participação nos autos do distribuidor do jogo eletrônico no Brasil ou sequer do seu fabricante.

O Juiz da 17ª Vara Federal baseou a sua decisão na da Juíza Cláudia Maria Rezende Neves, nos autos do processo 1999.38.00.037967-8, a qual proibiu os jogos virtuais *Doom*,

*Mortal Kombat, Requiem, Blood e Duke Nuken* com amparo em dispositivos da Constituição da República, ECA e Código de Defesa do Consumidor.

Eis o dispositivo da sentença:

### III – DISPOSITIVO

Sob fundamentos que tais, este Juízo julga procedente o pedido do Ministério Público Federal para condenar a União a proibir a distribuição e comercialização de quaisquer livros, encartes, revistas, CD Rom's, fitas de vídeo-game ou computado do jogo COUNTER STRIKE, bem como tomar as medidas necessárias à retirada do mercado desses exemplares. Outrossim, fica também a União condenada a proibir a distribuição e comercialização de quaisquer livros, encartes, revistas, CD Rom's, fitas de videogame do jogo EVERQUEST, tomando as medidas imprescindíveis para obstar a entrada desse jogo no território nacional, tudo sob pena de multa diária, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com incidência após o trânsito em julgado, que será revertida para o Fundo que trata a Lei 7.347/85.

Conforme se depreende da decisão acima, a proibição atinge não somente o jogo em si, como qualquer forma de veiculação ou menção aos mesmos, sob pena do pagamento de multa para o Fundo criado e não regulamentado pela Lei da Ação Civil Pública.

Fato curioso do feito é que, após a sentença, a distribuidora do jogo virtual *Counter Strike* interpôs Recurso (Intervenção) de litisconsorte necessário excluído da demanda, com pedido eventual e subsidiário de assistência litisconsorcial. Tal pleito foi negado na decisão de fls. 718/729, argumentando o Juízo, em apertada síntese, de que tratava o requerente de questões meramente econômicas.

Nesta demanda, vislumbramos uma colisão de normas constitucionais, e até de direitos fundamentais, uma vez que o Ministério Público Federal evoca o artigo 3º, 226 e 227 da Constituição da República e a distribuidora recorre ao artigo 5º, inciso IX e 220 do mesmo Diploma.

Importante ressaltar que existem equipes profissionais brasileiras, como a MIBR (*Made in Brazil* – [www.mibr.com.br](http://www.mibr.com.br)), que disputam e vencem campeonatos de *Counter Strike* pelo mundo afora e que, com a manutenção dessa decisão, passam a ser cerceados nos seus meios de subsistência no território nacional.

Outro exemplo é a ação movida pelo Ministério Público do Estado de Rondônia em face da Google Brasil Internet Ltda., processo nº 100.009.2008.000430-1, onde a 1ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, no afã de ter a fiscalização automática do sítio de relacionamentos *Orkut*, ordenou que a aludida empresa instalasse filtros como esta mesma o fez na China, a saber:

No presente caso, o embargante argumenta não possuir condições técnicas para cumprir a liminar, pois o conteúdo é de responsabilidade de quem o insere, sendo que a fiscalização que ora se exige é impraticável.

O voto embargado abordou especificamente esta argumentação, citando, a título de comparação, a fiscalização que o embargante faz na China, proibindo o acesso a determinado conteúdo previamente repassado pelas autoridades aos responsáveis pelo sistema.

Nenhuma perícia técnica é necessária para se inferir que, havendo possibilidade de exercer controle prévio em outro país, tal ferramenta também pode ser adotada no Brasil. A liberdade de expressão garantida constitucionalmente não é absoluta, limita-se ao direito individual, onde o preceito de que o direito de um vai até onde o do outro inicia deve ser considerado. A proteção aos atingidos é tão importante que foi regulamentada pelo Estatuto da Criança e Adolescente. (RONDÔNIA, 2008)

Ora, instalar um filtro de computador em uma empresa brasileira como foi feito na China, por si só já é um exemplo antidemocrata e de censura. Ainda, tecnicamente é muito difícil identificar de imediato quem é o usuário, pois os dados são postados por via eletrônica e é muito custoso identificar o *IP – internet protocol* – mesmo porque basta um simples software para alterá-lo de forma rotineira.

Não podem e não devem os colendos magistrados basear suas decisões em convicções sem o mínimo respaldo técnico e que afrontem toda e qualquer forma de liberdade.

Mundialmente é adotado o sistema de *notice and take down* – notifique e retire do ar – o que ainda, como várias matérias atinentes ao ambiente virtual, não está regulado no Brasil.

Assim, com esses dois exemplos fica claro de como o ciberespaço carece de uma regulamentação específica e, com fulcro na corrente tradicionalista, deixa questões peculiares da era digital serem julgadas sem o devido rigor técnico.

## 6 CONTROLE DEMOCRÁTICO

Antes de adentrarmos especificamente no que tange ao controle democrático, importante esclarecer alguns conceitos, tais como democracia, direta, semidireta e indireta, bem como reforçar a ideia já bem definida por Canotilho, da democracia como princípio normativo e por Rodolfo Viana Pereira – acerca do princípio constitucional do controle.

Após, vamos exemplificar tais conceitos com o Marco Civil da Internet, que foi um projeto de lei emanado do Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil – Poder Executivo – para análise de toda a população, inclusive por via de redes sociais da *web*, que foi encaminhado para o Poder Legislativo para apreciação.

Assim, pela primeira vez na história do país um projeto de lei é amplamente discutido diretamente com o povo, o qual pode inclusive opinar nas modificações do texto da norma, para então ser encaminhada para o Congresso Nacional.

Passamos aos conceitos.

### 6.1 Democracia em sentido complexo

O termo democracia é de origem grega e quer dizer "poder do povo". Na Grécia antiga, o termo foi muitas vezes empregado de forma depreciativa, uma vez que a maior parte dos intelectuais gregos, entre eles Platão e Aristóteles, era contrária a um governo de iniciativa popular.

J.J. Canotilho ao conceituar a democracia aduz a duas justificativas, uma positiva outra negativa.

Para caracterizar a justificativa positiva, Canotilho faz menção à fórmula do ex-presidente norte-americano Abraham Lincoln: “governo do povo, para o povo e pelo povo”. (CANOTILHO, 1999)

Já para caracterizar a justificação negativa da democracia, Canotilho assim assevera:

A democracia pode ser entendida fundamentalmente como forma ou técnica processual de seleção e constituição pacífica de dirigentes. A fórmula de Popper é a expressão mais sugestiva deste modo de conceber o princípio democrático: “A democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser”. A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais pretende pôr em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes e, concomitantemente, de mecanismos de limitação prática do poder, visando criar, desenvolver e proteger instituições

políticas adequadas e eficazes para um governo sem as tentações da tirania. (CANOTILHO, 1999, p. 285)

A forma pela qual os cidadãos participam ativamente das deliberações que interessam a toda a coletividade pode acarretar três tipos de democracia, classificadas como direta, indireta (ou representativa) e semidireta (ou participativa).

A expressão democracia significou, inicialmente, democracia direta, ou seja, regime de governo pelo qual os cidadãos deliberam, diretamente, com validade para todos. A democracia pura, em que o povo se autogoverna, de fato, só foi praticada na antiguidade, em Atenas e Roma, mesmo assim com grandes diferenças em relação ao que hoje entendemos como democracia, principalmente em razão das barreiras que a estratificação social impunha a certas classes, como a dos escravos. (SANTANA, 1995)

O termo democracia representativa significa, em apertada síntese, que as deliberações coletivas são tomadas não diretamente pelos membros de uma determinada coletividade, mas por pessoas especialmente eleitas para essa finalidade. Essas pessoas, designadas como representantes, possuem duas características bem estabelecidas: a) por gozarem da confiança do corpo eleitoral, após eleitas não são mais responsáveis perante os próprios eleitores, e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não são responsáveis diretamente perante os seus eleitores exatamente porque foram convocadas a tutelar os interesses gerais da sociedade, e não os interesses particulares de uma ou outra categoria. (MACIEL, 2011)

Na democracia representativa, a participação popular é indireta, periódica e formal, e se organiza por meio das regras que disciplinam as técnicas de escolha dos representantes do povo. Entretanto, não se trata apenas de uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Além de determinar um procedimento técnico para designar pessoas ao exercício de funções governamentais e legislativas, a eleição significa a expressão de preferência entre alternativas, a realização de um ato formal de decisão política.

De fato, nas democracias de partido e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, transformando-se em um instrumento por meio do qual o povo manifesta sua aprovação a uma política governamental e aduz seu consentimento e, conseqüentemente, provê legitimidade às autoridades governamentais, participando na formação da vontade do governo e no processo político.

A característica principal da democracia representativa pode ser constatada mediante o exame de seis regras básicas, estabelecidas por Norberto Bobbio:

1. todos os cidadãos que tenham alcançado a maioria, sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo etc., devem gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de expressar por meio do voto a própria opinião e/ou de eleger quem se expresse por ele;
2. o voto de todos os cidadãos deve ter peso igual (isto é, deve valer por um);
3. todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres para votar, conforme opinião própria, formada o mais livremente possível, isto é, numa competição entre grupos políticos organizados que disputam entre si para agregar os anseios e transformá-los em deliberações coletivas;
4. os cidadãos devem ser livres, também, no sentido de possuírem alternativas reais, isto é, de poderem escolher entre várias alternativas;
5. seja por deliberações coletivas, seja por eleição de representantes, vale o princípio de maioria numérica, mesmo que possam se estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada) em determinadas circunstâncias, previamente estabelecidas;
6. nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em particular o direito de tornar-se maioria em igualdade de condições. (BOBBIO, 1979, p. 34)

O conceito de que a democracia se realiza de modo mais amplo e legítimo por meio de constantes consultas populares sobre assuntos políticos, e que se exprime, no caso concreto, como exigência de que a democracia representativa seja complementada e, em alguns casos, substituída pela democracia direta, não é recente, nem se restringe ao Brasil.

Norberto Bobbio discute as relações entre democracia representativa e democracia direta e afirma que tal exigência já havia sido feita por Jean-Jacques Rousseau, quando salientou que a soberania não pode ser representada e, por esse motivo, o povo inglês acredita ser livre, mas só o é durante a eleição dos membros do parlamento. Após a eleição, o povo volta a ser escravo, dizia Rousseau, acrescentando que uma verdadeira democracia jamais existiu, nem existirá, pois demanda muitas condições difíceis de serem reunidas. A primeira delas seria um estado muito pequeno, onde fosse fácil reunir o povo e onde cada cidadão pudesse facilmente conhecer todos os demais; em segundo lugar, uma grande simplicidade de costumes, de tal modo que evitasse a multiplicação dos problemas e as discussões mais difíceis. Seria necessária, também, uma igualdade de condições e fortunas, ainda segundo Rousseau, para quem, se existisse um povo de deuses, seria governado democraticamente. Mas um governo assim perfeito não é feito para os homens. (BOBBIO, 1986)

Ainda, Bobbio acrescenta que a democracia sonhada por Rousseau pode se aplicar apenas numa pequena comunidade, como a do modelo clássico por excelência, a Atenas dos séculos V e VI, quando poucos milhares de pessoas formavam a assembleia dos cidadãos e podiam se reunir todas, simultaneamente, num mesmo local, para as deliberações coletivas.

O referendo, apontado por Bobbio como o único instituto de democracia direta de concreta aplicabilidade e de efetiva aplicação na maior parte dos estados de democracia

avançada, deve ser entendido como um modo de consulta extraordinário para circunstâncias extraordinárias, o que impede a sua constante e inadvertida utilização, a saber:

Ninguém pode imaginar um estado capaz de ser governado através do contínuo apelo ao povo: levando-se em conta as leis promulgadas a cada ano na Itália, por exemplo, seria necessário uma convocação por dia. Salvo na hipótese, por ora de ficção científica, de que cada cidadão possa transmitir seu voto a um cérebro eletrônico sem sair de casa e apenas apertando um botão. (BOBBIO, 1979, p. 47-48).

Essa hipótese já está mais próxima do cidadão brasileiro. De fato, a televisão já promove um tipo de participação direta da população na escolha de programas e na decisão sobre o final de uma determinada história, por meio da utilização de um serviço pago de telefonia.

O avanço das comunicações de massa e o advento da Internet, reforçam a ideia de que seja possível manter em funcionamento um processo permanente de consulta à população sobre pontos importantes da política. Também no processo eleitoral, com a introdução do sistema eletrônico de votação, estamos dando passos importantes no sentido de facilitar a participação do cidadão em decisões, estabelecendo pré-condições para que os cidadãos possam se manifestar sem sair de casa, o que é chamado de democracia eletrônica.

Este entendimento baliza-se no pressuposto de que todos os cidadãos estejam interessados numa participação constante nos assuntos públicos. Outro ponto a ser considerado é que os assuntos não surgem espontaneamente, antes são formulados por alguém, que decide também o que vai ser objeto de consulta, quando ela vai ocorrer e o que vai ser feito com o resultado.

Desse modo, o processo de democratização não consiste, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem da democracia representativa para a democracia direta, mas na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social. Essa passagem se realiza mediante a ampliação do poder ascendente, que até então se situava quase exclusivamente no campo da grande sociedade política e de associações voluntárias, para o campo da sociedade civil nas suas várias organizações, da escola à fábrica, em que se processa a maior parte da vida dos membros de uma sociedade moderna. (MACIEL, 2011)

Ao contrário do que ocorria alguns anos atrás, “se se quer apontar um índice do desenvolvimento democrático, este não pode mais ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de instâncias (diversas daquelas políticas) nas quais se exerce o direito de voto; sintética mas eficazmente: para dar um juízo sobre o estado da



democratização num dado país o critério não deve mais ser o de ‘quem’ vota, mas o do ‘onde’ se vota (e fique claro que aqui entendo o ‘votar’ como o ato típico e mais comum de participar, mas não pretendo de forma alguma limitar a participação ao voto).

Neste contexto:

A democracia dos modernos é o estado no qual a luta contra o abuso do poder é travada paralelamente em dois fronts – contra o poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo, e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído. E não é difícil explicar quais são as razões objetivas que tornam necessário este ataque a partir de duas frentes. Onde a democracia direta é possível, o estado pode muito bem ser governado por um único centro de poder, por exemplo, a assembleia dos cidadãos. Onde a democracia direta, em decorrência da vastidão do território, do número de habitantes e da multiplicidade dos problemas que devem ser resolvidos, não é possível e deve-se então recorrer à democracia representativa, a garantia contra o abuso do poder não pode nascer apenas do controle a partir de baixo, que é indireto, mas deve também poder contar com o controle recíproco entre os grupos que representam interesses diversos, os quais se exprimem por sua vez através de diversos movimentos políticos que lutam entre si pela conquista temporária e pacífica do poder. (BOBBIO, 1979, p. 61)

Outro ponto a ser considerado é o pluralismo, que favorece uma característica fundamental da democracia moderna, a legitimidade do dissenso, desde que mantido dentro de limites estabelecidos pelas regras do jogo pré-determinadas, não constitui ameaça à sociedade.

Tudo está, portanto, em conexão: refazendo o percurso em sentido contrário, a liberdade de dissentir tem necessidade de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista consente uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e, enfim, a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política.

Atualmente, apenas a Suíça adota a democracia direta. Como na antiguidade, o povo se reúne em assembleia para deliberar sobre vários assuntos, como a votação de leis, a designação de funcionários e a eleição de deputados. Essa assembleia, denominada de *Landsgemeinde*, foi instituída pelo Pacto de 1291 da Confederação Helvética, retificado em 1315. (MACIEL, 2011)

O sistema de democracia direta praticado na Suíça permite aos cidadãos três formas de participação na vida política do país: eles podem propor uma revisão da Constituição (iniciativa popular), podem demandar o referendo facultativo e podem participar do referendo obrigatório. O referendo pode assumir a forma de iniciativa popular ou de veto popular. A iniciativa se restringe a matéria constitucional. Em matéria legislativa, o povo dispõe do direito de veto.

Tendo em vista as várias dimensões do princípio democrático, também chamado de teoria complexa da democracia, é que se consegue explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar o *ratio* e o *ethos* da democracia. Nesse sentido Canotilho:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica em democracia participativa, isto é, estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico da divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (art. 2º), a participação democrática dos cidadãos (art. 9º), o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (art. 109º) e aprofundamento da democracia participativa (art. 2º). (CANOTILHO, 1999, p. 282)

Certo é que a modernidade, com o crescente aparato tecnológico, fomentado inclusive pelo advento da Internet, que se tornou rapidamente um grande canal de comunicação, fez com que a participação popular crescesse ao compartilhar suas ideias inclusive com o governo.

Dessa forma, há um relacionamento entre as democracias representativa e participativa, o que acarreta na democracia como um sistema complexo.

Rodolfo Viana Pereira aduz:

A característica mais importante desse método, a que se continua adjectivando como democrático, será, pois, a sua complexidade, representada pela incorporação de modos distintos de realização da ideia de soberania popular. Mais especificamente, importa reconhecer a produtividade do inter-relacionamento entre as dimensões representativa e participativa, já que a dialética entre delegar e decidir define de modo mais coerente a macroestrutura através da qual o demos torna-se titular agente do poder. (PEREIRA, R., 2008, p. 113)

Desta feita, ao se tratar da democracia como um sistema complexo segue o caminho dos que discordam das versões unidimensionais da democracia. O diálogo entre as democracias representativa e participativa não anula uma a outra. A complexidade que vem por meio da coexistência entre os elementos participativo e representativo realiza de modo mais coerente e completo toda a semântica da soberania popular. (PEREIRA, R., 2008)

Rodolfo Viana Pereira enfatiza:

Independentemente do fato de se concordar ou não com o que se chamaria de “tese das virtudes e dos defeitos intrínsecos” da democracia direta ou indireta, o resultado

mais sensato é o que flui da conjugação de ambas as dimensões (representação e participação). A função representativa, por um lado, associa-se, desde a sua origem, à dinâmica da representação dos interesses e, com isso, tende a reconhecer e garantir o pluralismo ínsito às sociedades atuais. Além disso, é igualmente um elemento de estabilidade democrática, na medida em que se apresenta como contraponto às disfunções da participação, seja no seu excesso, circunstância em que o espaço circunscrito e autônomo da deliberação representativa torna-se menos suscetível aos apelos populistas, seja na sua carência, momento em que a representação mantém a operacionalidade da política ao exercer uma função de alívio em relação àqueles que optaram pela fuga em direção ao domínio da intimidade. A função participativa, por seu turno, prende-se desde as origens às teses da vontade pública/geral e, portanto, tende a estimular de maneira mais coerente amálgamas e ilhas de consenso necessários ao encaminhamento, processamento e solução das divergências. (PEREIRA, R., 2008, p. 114)

O marco civil, ponto regulatório para a Internet do Brasil é um grande exemplo da utilização da democracia em sentido complexo, bem como é a materialização do princípio constitucional do controle, o que será tratado no próximo capítulo.

## 6.2 Marco civil

Conforme já esclarecido nos capítulos anteriores, para assegurar o controle democrático da regulação da Internet no Brasil, melhor caminho não há senão a fixação de princípios e regras.

A distinção entre princípios e regras, são teses amplamente difundidas e recepcionadas.

Para Alexy os direitos fundamentais são tudo aquilo que é posto como tal pela Lei Fundamental alemã e submetido ao controle do Tribunal Constitucional Federal. Ou seja, para Alexy, os direitos fundamentais são direitos positivos.

Alexy institui que os princípios são normas jurídicas que estabelecem deveres de otimização, aplicáveis segundo possibilidades normativas e fáticas. Em caso de colisão entre eles deverá ser feita uma ponderação de valores entre as circunstâncias. (MOREIRA, 2007)

No que tange às regras, Alexy as entende como normas jurídicas com validade restrita a determinado ordenamento. Em caso de conflito entre as regras deverá ser oposto recurso a uma outra regra para eliminar a antinomia ou afastar a contradição.

Portanto, para Alexy a distinção entre princípios e regras está na colisão que no caso dos princípios, os mesmos podem ter uma validade compartilhada, ao passo que, com as regras, uma afasta a outra. Ainda, quanto a obrigatoriedade os princípios conferem obrigações *prima facie*, senso que as regras instituem obrigações absolutas.

Em suma, para Alexy a distinção entre princípios e regras tem o condão de estabelecer as relações entre normas jurídicas que detêm um desdobramento específico mediante sua restrição à teoria do direito.

Finalizando, para Alexy o poder constituinte é ato permanente que se consolida e se realiza com o seu exercício.

Já para Dworkin a distinção entre princípios e regras tem em vista um ataque geral ao positivismo. Para ele, as regras, em caso de conflito, uma anularia a outra; no caso dos princípios, seriam a estes reservados os fundamentos e, em caso de conflitos, seria utilizado o recurso à dimensão do peso sem que qualquer um desses (princípios) perca a sua validade. (SILVA, 2005)

Dworkin por sua vez já faz uma crítica ao positivismo pois confere à Constituição uma síntese entre a norma e fato por meio da rubrica de princípios e regras, em uma confusão conceitual ao avocar uma perspectiva reflexiva e outra, descritiva.

Por sua vez, Humberto Ávila assim conceitua princípios e regras:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2009, p. 78-79)

Na visão de Virgílio Afonso da Silva:

É comum que se classifiquem as teorias sobre a distinção entre princípios e regras em três grandes categorias: (a) teorias que propõem uma distinção forte; (b) teorias que propõem uma distinção débil; (c) teorias que rejeitam a possibilidade de distinção.

Segundo a teoria da distinção forte, princípios e regras são normas que têm estruturas lógicas diversas. Nesse sentido, e como se verá mais adiante, não seria correto falar em mera distinção gradual – de generalidade ou abstração – entre ambos os tipos de normas.

As teorias que propõem uma diferenciação débil entre regras e princípios partem do pressuposto de que a diferença entre ambos não é assim tão marcada como propõe a teoria acima mencionada. Entre princípios e regras haveria, portanto, somente uma diferença de grau.

Já teorias que rejeitam a possibilidade de distinção entre princípios e regras sustentam que todas as qualidades lógico-deontológicas presentes nos princípios estão presentes também nas regras. Por isso, ou são princípios e regras absolutamente idênticos, ou o grau de semelhança é tão grande que uma diferenciação definitiva se torna impossível. (SILVA, V., 2005, p. 30-31)

Entretanto, no que tange à regulação da Internet no Brasil, somente em junho de 2009 o CGI editou os Princípios para Governança e Uso da Internet, ou seja, quatorze anos após a implementação da rede para uso comercial no Brasil, quais sejam:

1. Liberdade, privacidade e direitos humanos: o uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática.
2. Governança democrática e colaborativa: a governança da Internet deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação dos vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva.
3. Universalidade: o acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos.
4. Diversidade: a diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes ou valores.
5. Inovação: a governança da Internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.
6. Neutralidade da rede: filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.
7. Inimputabilidade da rede: o combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos.
8. Funcionalidade, segurança e estabilidade: a estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso das boas práticas.
9. Padronização e interoperabilidade: a Internet deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento.
10. Ambiente legal e regulatório: o ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração. (COMITÊ GESTOR DA INTERNET, 2010)

Destaca-se entre os princípios acima transcritos o que dispõe sobre o ambiente legal e regulatório para preservar a dinâmica da Internet como espaço de regulação.

Nesta toada, recentemente, em outubro de 2009, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, encaminhou o Marco Civil para construção colaborativa para regular utilização da Internet no país.

Ressalte-se que o Marco Civil foi disponibilizado no sítio do Ministério da Justiça para colaboração de todos que estiverem interessados, inclusive via *Twitter*, em claro exemplo do exercício da democracia pelos meios eletrônicos.

Os temas abordados no marco civil incluem as regras de responsabilidade civil de provedores e usuários sobre o conteúdo postado na Internet e medidas para preservar e

regulamentar direitos fundamentais do internauta, como a liberdade de expressão e a privacidade. Ainda, são abordados princípios e diretrizes que visem a garantir algumas das premissas de funcionamento e operacionalidade da rede, como a neutralidade da internet.

O marco civil não abrange de forma aprofundada temas que vêm sendo discutidos em outros foros ou que extrapolam a questão da internet, como direitos autorais, crimes virtuais, comunicação eletrônica de massa e regulamentação de telecomunicações, dentre outros.

A proposta de construção do marco regulatório busca inovar também no processo de sua formulação: o intuito é incentivar, através da própria internet, a participação ativa e direta dos inúmeros atores sociais envolvidos no tema. Para tanto, o processo foi conduzido, primordialmente, pela própria internet e agora foi encaminhado para apreciação do Congresso Nacional.

No entanto, o projeto a ser encaminhado para o Congresso Nacional não trata de um ponto crucial que é a questão da Autoridade Institucional pátria, uma vez que o Comitê Gestor é um órgão complexo em virtude de ter vários agentes sociais, como representantes do governo, da iniciativa privada, do terceiro setor, dentre outros; o que dificulta os encontros e as tomadas de decisões. Por sua vez a ANATEL não abarca a Internet, por ser considerada como um serviço de valor adicionado, como já alhures mencionado.

Tal premissa de se utilizar a Internet como exemplo de exercer a democracia já é objeto de debate como salientam Hélio Santiago Ramos Júnior e Aires José Rover:

Discutem-se, na atualidade, diversos modelos de democracia eletrônica com a adaptação ou criação de novos institutos nos quais o cidadão aparece como um ator importante para o implemento do governo eletrônico, ou seja, caracteriza-se como um agente colaborador do Estado que poderá atuar mediante sua participação em consultas, fóruns e referendos eletrônicos dentre outras formas de participação. (RAMOS JÚNIOR; ROVER, 2007, p. 292)

O marco civil é ponto preponderante de discussão, uma vez que se trata da materialização do princípio do controle constitucional, o qual utiliza de todos os cidadãos por via da democracia eletrônica, meios para relegitimar as normas emanadas pelo poder público.

Este princípio é bastante salutar no cenário constitucional em tempos de crise na democracia representativa.

Nas palavras de Rodolfo Viana Pereira:

O controle funciona, nesse caso, como um mecanismo indireto de relegitimação do poder, já que, ao corrigir a sua situação de desconformidade, põe-no novamente em sintonia com os procedimentos e regras que lhe deram origem. [...]

Afirmar a democracia como princípio legitimado do sistema político-constitucional significa, na atualidade, trilhar um caminho seguro, próspero e, no limite, sem percalços. Após os processos de depuração das justificativas da origem do poder em que os fundamentos místico e messiânicos foram sendo paulatinamente erradicados por medidas de laicização, poucos são aqueles que contestam o fato de a legitimidade política assentar-se em um sistema regulatório cujo exercício do poder seja popularmente legitimado. A democracia situa-se, assim, no palco de um jogo sem adversários e sem alternativas justificáveis em face do resto de modernidade que exige fundamentos racionais para a questão da convivência política. O argumento do “consenso democrático” povoa, senão toda a extensão, ao menos a quase toda totalidade a geografia acadêmica, tornando-se o único a prover os critérios de racionalidade e consensualidade suficientes ao desígnio legitimador. (PEREIRA, R., 2008, p. 36-7)

O princípio do controle constitucional, como salientado, padece de uma ampla participação popular para que a norma seja legitimada pelo Poder Público e relegitimada pelos cidadãos.

Ou seja, trata-se da convergência entre as democracias representativa e participativa.

No marco civil, a população irá legitimar o projeto emanado pelo Ministério da Justiça para que o mesmo chegue ao Congresso Nacional já consagrado pela vontade popular.

A aplicação do princípio constitucional do controle é a crítica que se faz sobre a elaboração das normas que via de regra são feitas pelo Legislativo e Executivo. Durante o procedimento legislativo os parlamentares estão vulneráveis ao *lobby* das empresas que detêm a concentração do poder econômico e, muitas vezes, acabam conseguindo ter normas editadas ao seu inteiro favor. Em democracias liberais a corrupção é um fator comum e não podemos nos olvidar disso.

Assim Giddens nos ensina:

Há duas maneiras contratantes em que se pode tentar compreender a difusão das instituições democráticas. Uma delas é o que poderia ser chamado, ironicamente, de a teoria da democracia como uma *flor delicada*. Segundo esta maneira de ver, a democracia é uma plantinha frágil que precisa ser regularmente aguada para poder se manter viva. Também necessita de um solo rico: tem de ser alimentada durante um longo período durante o desenvolvimento a longo prazo de uma cultura cívica. [...]

Finalmente, agora, no suposto auge do seu sucesso, a democracia liberal, está, em quase toda parte, enfrentando dificuldades. A corrupção tornou-se uma questão pública em países bastantes afastados um do outro, como o Brasil, o Japão e a Itália. O domínio da política ortodoxa parece influenciar cada vez mais os principais problemas que atormentam a vida das pessoas. Os eleitores tornam-se descontentes e aumenta o número daqueles que desconfiam de todos os partidos políticos. As lutas da política partidária parecem a muitos um jogo, que apenas ocasionalmente afeta, de uma maneira efetiva, os problemas da vida real. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 227-228)

Dessa sorte, a descrença nos políticos e na elaboração das leis em tempos de concentração do capital traz um melindre para o processo de formação das leis por via da democracia representativa.

Mas há quem prefira uma lei mal elaborada ao melhor juiz, para que a sociedade não fique à mercê do paternalismo pretoriano.

Tanto foi o sucesso da participação popular no que tange à regulação da Internet que o próprio Ministério da Justiça se prepara para propor uma lei para proteção dos dados pessoais no Brasil, nos mesmos moldes em que foi feito o marco civil, no final do mês de agosto de 2010. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010)

As diretivas europeias sobre a regulamentação da internet se iniciaram em 1997. A comunidade europeia já firmou um acordo com os Estados Unidos acerca da proteção dos dados pessoais, o *safe harbor*, que será explicado adiante.

Por sua vez, o Brasil ainda não teve êxito no que tange à regulação da Internet e da proteção dos dados pessoais em ambiente eletrônico. A ampla participação popular para o estabelecimento de regras específicas acerca destes temas, em aplicação direta do princípio do controle constitucional, poderá ser um grande diferencial para que a norma que será editada tenha, de fato, validade e eficácia.

### 6.3 Direito comparado

A experiência social pode ser vista como objeto da ciência do direito enquanto uma ciência histórico-cultural desenvolvida a partir de fatos e valores, onde se percebe o direito como um sistema dinâmico aberto, não estático. É exatamente em razão do nascimento de uma nova realidade social que novos valores culturais devem decodificar-se em valores jurídicos para que sejam, de fato, eficazes na proteção do bem jurídico tutelado.

Neste contexto, a visão não deve ser meramente positivista. É fundamental a percepção macrossocial do bem jurídico tutelado, embora a definição de “bem jurídico” não seja simples em decorrência da própria natureza do direito.

Imprescindível, portanto, a compreensão da democracia face à “sociedade em rede” ou “*network society*”- expressão cunhada por Manuel Castells que sintetiza a morfologia desta nova sociedade, onde tudo é sistêmico e interconectado. Ainda que de forma breve, deve-se assim analisar a regulamentação dessa situação social-jurídica em outros ordenamentos jurídicos - exatamente em decorrência do fator “interconexão”, afinal, impossível apreender o



tema ora tratado por meio de um espectro microdemasiadamente limitador. (CASTELLS, 1999)

Hoje, existem, basicamente, dois modelos referentes à disciplina da Internet, como é o caso, por exemplo, da regulamentação relativa à proteção de dados pessoais em meio eletrônico, quais sejam o norteamericano e o europeu - verdadeiros “indutores de soluções a serem adotadas por outros países” (DONEDA, 2006, p.221). Haveria, pois, uma natural convergência dos outros ordenamentos jurídicos em se fundamentarem nestes modelos.

Em razão da própria proximidade pelo sistema romano-germânico, convém abordar o contexto comunitário europeu na sociedade de informação.

O ordenamento jurídico comunitário vigente na União Européia é composto por fontes primárias, secundárias, pela jurisprudência e pelos princípios gerais de direito. O direito originário são as fontes primárias e o direito derivado, as secundárias.

A partir de uma síntese da legislação europeia, é visível a proposição da União Europeia no sentido da difusão, desenvolvimento e propagação das novas tecnologias da informação e das comunicações (“TICs”), evidentemente, tudo em conformidade com o tratado que institui a Comunidade Europeia (CE).

No que concerne à proteção de dados pessoais, o Parlamento Europeu e o Conselho Europeu aprovaram a Diretiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995, relativa à “proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, objetivando a harmonia das leis nacionais que internalizariam as exigências práticas de gestão de dados de alta qualidade por parte dos "responsáveis pelo tratamento de dados" e as garantias de diversos direitos para os cidadãos (EUROPEAN COMMISSION, 2010).

Neste ponto, é interessante ainda lembrar que, antes desta Diretiva, já em outubro de 1985, entrava em vigor a Convenção n. 108 do Conselho Europeu, tendo por seus signatários, França, Espanha, Noruega, Suécia, Áustria, Luxemburgo e Reino Unido. Esta convenção buscou assegurar a proteção à vida privada em relação aos fluxos das pessoas entre as respectivas fronteiras, especialmente por meio da disposição de princípios norteadores, como, da lealdade, adequação, temporalidade e segurança.

Percebe-se que desde muito cedo a União Europeia se deu conta de que a questão do ambiente eletrônico necessitaria de regras específicas, conforme explanado inicialmente no que se refere ao tratamento informatizado de dados de natureza pessoal.

Por ser o exemplo ora analisado, importante mencionar que, em relação ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações, foi aprovada em

1997 a Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro (mais conhecida como “Diretiva de Dados Pessoais nas Telecomunicações.”)

Esta última supramencionada diretiva estabeleceu regras especiais para o setor das telecomunicações. Contudo, foi uma das medidas legislativas europeias que menos tempo sobreviveu: menos de dois anos após a sua aprovação, uma vez que as constantes evoluções tecnológicas demonstraram que os conceitos trazidos por esta Diretiva não eram compatíveis com o advento do novo “mundo digital”.

Desta forma, no âmbito da chamada “Revisão 1999”, a Comissão Europeia acabou por propor que, durante toda a substituição do pacote regulamentar aplicável ao setor das telecomunicações - composto, na época, por aproximadamente 22 Diretivas, igualmente fosse substituída a recém-aprovada Diretiva, relativa a Dados Pessoais nas Telecomunicações.

Ao discorrer sobre o tema na Associação Brasileira de Direito e Informática e Telecomunicações, a professora Margarida Couto, ressaltou que:

A “Revisão 1999”, após vários atrasos, divergências e hesitações, deu lugar, já em 2002, a um novo e emagrecido pacote regulamentar composto por 5 Directivas, o qual tem, como uma das suas pedras de toque, a necessidade de garantir a neutralidade tecnológica da regulação do sector. (COUTO, 2010, grifo nosso)

Dessa forma, tais regulamentações deixaram:

[...] de ser o sector das “telecomunicações” para passar a constituir o sector das “comunicações electrónicas”, abrangendo assim qualquer comunicação electrónica (entendida como o envio de sinais electrónicos) através de qualquer tipo de rede. (COUTO, 2010, grifo nosso)

Em razão do panorama ora descrito, a diretiva posterior relativa ao tema, Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Julho foi “re-batizada” passando a denominar-se “Diretiva relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas” ou, simplesmente, Diretiva de Dados Pessoais nas Comunicações Eletrônicas. (CAMPOS; SIQUEIRA 2010)

Ainda neste cenário, podemos citar o Regulamento 45/2001 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados, de 18 de dezembro de 2000. Este regulamento aborda o tratamento dos dados pessoais das pessoas singulares quando efetuado por instituições e órgãos comunitários. Apesar da relevância da matéria tratada, não se pode afirmar que ele se encontra no centro legislativo do Bloco Europeu no que concerne ao tema,

afinal, o sistema de proteção de dados pessoais nos estados-membros da União Europeia seria unificado em torno de um “núcleo”, e tal núcleo “seria composto basicamente da Diretiva 46/95/CE (relativa à privacidade das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados) e, ainda, pela Diretiva 2002/58/CE (relativa à privacidade e às comunicações).” (DONEDA, 2006, p. 227).

Observa-se que tal núcleo pode em sua transposição (internalização das diretivas no ordenamento jurídico de cada estado-membro da UE) ser modificado em aspectos acessórios e, evidentemente, naqueles em que a própria diretiva os autoriza.

Tal sistema representaria um “padrão mínimo” de proteção de dados pessoais, em especial, no ambiente virtual em toda a extensão do bloco europeu, desenvolvido com base na experiência de alguns países que já haviam legislado sobre a matéria.

Por fim, a indagação essencial seria: qual o modelo mais apropriado para a regulamentação de questões como a acima mencionada, o europeu ou o norte-americano?

No intuito de melhor compreender a situação colocada, em especial quanto à proteção da privacidade na Internet, passa-se a uma breve pontuação do panorama da proteção de dados pessoais em ambiente eletrônico norte-americano, bem como do que vêm a ser os chamados *Safe Harbor Privacy Principles* em relação ao modelo europeu.

A diretiva europeia 95/46/EC, de 1998, define que o direito à privacidade, relativo ao processamento de dados pessoais, é um direito fundamental da pessoa natural que deve ser protegido pelos Estados europeus (ROHRMANN, 2009, p.14). Além desta demarcação, traz outras definições imprescindíveis, como a de dados pessoais e a de processamento de dados pessoais: “[...] dados pessoais significam qualquer informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável e processamento de dados pessoais significa qualquer operação ou conjunto de operações que são realizados, utilizando dados pessoais.”

Inicia-se, portanto, a explanação do modelo norte-americano, traçando um importante contraponto entre os modelos ora mencionados, senão vejamos:

Uma diferença importante entre os modelos europeu e americano reside na proibição encontrada na diretiva europeia no tocante ao processamento de dados que revelam origens étnicas ou raciais, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, vida sexual ou saúde das pessoas. A diretiva somente permite tal processamento quando há o consentimento específico, e no caso de o Estado europeu não proibir consentimentos para aquele tipo especial de processamento de dados (como ocorre, por exemplo, na Alemanha, que proíbe manifestações políticas referentes ao nazismo). Esta última característica do modelo europeu dificilmente seria validada nos Estados Unidos, dada a Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana que garante a liberdade de expressão e que tem sido interpretada pela Suprema Corte como norma que confere elevado grau de proteção ao discurso de cunho político. (ROHRMANN, 2009, p. 15, grifo nosso).

O Estado brasileiro, em relação ao tema aqui apresentado se alinha com o pensamento europeu, vez que temos, inclusive, em nosso ordenamento jurídico legislação restritiva de expressões que tenham algum cunho discriminatório racial (ROHRMANN, 2009, p. 15). Todavia, dado o cunho internacional do tema, apresentamos o Acordo “Porto Seguro” ou “*Safe Harbor*” (SAFE HARBOR, 2008), pactuado entre os Estados Unidos e a Comunidade Europeia.

O *Safe Harbor* tem origem dada a incompatibilidade legislativa no que concerne à proteção de dados pessoais norte-americana e europeia. Basicamente, tem-se que a legislação europeia impede a troca de dados pessoais com países que não tenham o mesmo nível de proteção garantido pela própria legislação (LOPES, 2009).

Segundo a Comunidade Europeia, os Estados Unidos se encaixavam nesta hipótese, razão pela qual ficariam impossibilitados de transacionar dados pessoais com os países europeus: “na prática, significaria que a própria transação de dados pessoais pelo sistema de cartão de crédito internacional estaria proibida entre estes dois” (LOPES, 2009).

Por esta razão, os Estados Unidos e a União Europeia, formularam um acordo para o estabelecimento de critérios mínimos que preservassem a privacidade ante o fluxo de dados transfronteiriços entre os mesmos, acordo este que instituiu os princípios da privacidade em um porto seguro (ou “*safe harbor*”) relativos à proteção de dados pessoais transferidos de um Estado-membro da UE para o ambiente norte-americano. (CAMPOS; SIQUEIRA 2010)

O *Safe Harbor* teve como escopo a harmonização dos níveis de proteção entre os países, subtraindo obstáculos existentes pela diferença entre ambos os sistemas, buscando o prevalecimento de condições de regulamentação semelhantes. Tentou-se compatibilizar as Diretivas Europeias mencionadas anteriormente, núcleo da legislação do velho continente, e a legislação americana (feita basicamente nos chamados “Acts”).

Arnaud Belleil resume este panorama:

Com a directiva de Outubro de 1995, os países da Comunidade Europeia criaram um espaço no interior do qual os cidadãos dispõem de direitos relativos à proteção dos seus dados pessoais. Em contrapartida, os dados nominativos devem poder circular livremente dentro deste espaço, contribuindo assim para a expansão da economia da informação. E quanto à circulação dos dados para os países que se situam fora desta zona? A transferência de dados só é possível para os países que assegurem um nível “adequado” de proteção de dados. Os Estados Unidos rapidamente tomaram consciência do risco que os ameaçava: o fecho, às fronteiras da Europa, das redes de difusão dos dados pessoais. Durante mais de dois anos, negociações efetuadas entre a Comunidade e o Departamento de Estado do Comercio dos EUA, a FTC, permitiram chegar a uma conclusão que se inscreve na tradição americana da auto-regulação. Estas negociações são conhecidas pelo nome de *Safe Harbor*. (BELLEIL, 2001, s.p.).

Sendo assim, dentro do chamado “porto seguro”, as empresas americanas poderiam receber dados nominativos provenientes da UE após a subscrição voluntária a certos princípios (previstos no acordo).

Evidentemente:

Nestas negociações, a Europa soube fazer prevalecer em larga medida as suas perspectivas. As negociações levaram os Estados Unidos a assumir compromissos impossíveis de imaginar alguns meses antes.

Paradoxalmente, os Europeus se beneficiarão junto das empresas certificadas *Safe Harbor* de proteções superiores àquelas de que se beneficiam os cidadãos americanos. . (BELLEIL, 2001, s.p.).

Por sua vez, segundo o advogado Etienne Drouard, as empresas americanas poderiam se beneficiar, ao reivindicarem um certificado “*safe harbor*”, ao passo que “as empresas europeias, todas elas submetidas a uma regulamentação muito estrita, não poderão fazer o mesmo”. (DROUARD *apud* BELLEIL, 2001, s.p.).

Fato é que “os princípios europeus sobre o direito dos dados pessoais deram nascimento a uma ferramenta *marketing* reservada unicamente às empresas americanas” (BELLEIL, 2001, s.p.), tema correlato mencionado apenas para enriquecimento da questão em articulação.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução tecnológica da segunda metade do século XX gerou a sociedade pós-industrial, de onde a humanidade deixou de trabalhar menos com o físico e mais com o conhecimento.

No final dos anos 60 a Internet foi desenvolvida para fins militares e acadêmicos, sendo que seu uso comercial foi difundido nos anos noventa. De lá para cá houve uma grande mudança dos hábitos da humanidade, sendo que os aparatos tecnológicos foram incorporados ao nosso dia a dia.

O advento da internet potencializou a velocidade dos homens de se comunicar, armazenar e transportar o conhecimento. As barreiras geográficas ruíram e a falta de conhecimento se transformou no excesso de informação. A missão que enfrentamos hoje é a de filtrar a informação que está a nossa disposição.

A missão de controlar um ambiente sem limites geográficos físicos, princípios estabelecidos ou regras definidas, é uma tarefa complexa.

Sob este prisma, apresentamos as quatro principais teorias que dispõem sobre o ambiente virtual. A teoria libertária, que defende que a Internet é um novo ambiente e que nele não teria regras e sequer território, se quedou inócua dada a sua utopia. A teoria da arquitetura da rede possui uma cognição inteligente ao dispor que as máquinas ao se comunicarem, fariam o seu próprio sistema de controle. Entretanto, peca ao não prestigiar quem opera as máquinas, que são os seus usuários. A teoria do direito internacional, como admite até mesmo o seu principal mentor, é ineficaz por necessitar de uma grande cooperação internacional, o que se torna uma tarefa árdua haja vista as complexas jurisdições do mundo. A teoria tradicionalista, que se caracteriza pela aplicação do direito existente ao ambiente virtual é a que melhor se apresenta, embora sejam necessárias normas específicas, como demonstrado neste trabalho.

Discorreremos sobre a regulação da internet no Brasil, desde o seu início, com a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil, por via de regras de direito administrativo e sem uma lei que o definisse. Ainda, demonstramos que o CGI.br é ineficaz para gerir e manter a Internet no país e que este órgão demorou quase quinze anos para editar os princípios para o funcionamento da rede mundial de computadores no Brasil.

Fizemos uma análise da Lei Geral de Telecomunicações e apontamos que a Internet se trata de um Serviço de Valor Adicionado, não sendo considerada como telecomunicação. Em outras palavras, um sítio que distribua conteúdos audiovisuais em formato semelhante ao de uma emissora de televisão não se submete à regulação aplicada sobre a radiodifusão.

Lado outro, para prover acesso à Internet é necessária autorização para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia conforme resoluções da própria ANATEL. Ou seja, somente o meio de acesso à Internet está abarcado pela LGT, o conteúdo nela inserido está à mercê do Comitê Gestor da Internet no Brasil.

Foi traçado o perfil das agências regulatórias no Brasil para apontar que a criação de uma agência para manter a Internet poder-se-ia ser uma opção para o exercício do controle.

A criação de uma Agência teria o propósito de fortalecer a eficiência da ação do Estado no desenvolvimento da Internet, por meio da instituição de regras e normas regulatórias que induzam ao melhor aproveitamento dessa tecnologia.

Discorremos que a era digital possui características específicas e que a falta de normas para o ambiente virtual acarreta nas decisões ancoradas pelos peritos e no paternalismo pretoriano. Ainda, que tais decisões não são eivadas de conhecimento técnico e não geram segurança jurídica para os cidadãos. Desta feita, temos que somente a aplicação das normas já existentes não tem sido suficiente, haja vista o teor das decisões judiciais apresentadas.

Fizemos a conceituação da democracia e de suas formas: direta, semidireta e indireta. Mais, explicamos que a crise da democracia representativa fez surgir a aplicação do princípio constitucional do controle, onde o povo deve relegitimar as normas editadas pelo Poder Público. Ainda, que a Internet facilita essas operações, pois, faz com que a população se comunique por via eletrônica sem ter que se locomover para audiências públicas.

Demonstramos que o marco civil fez com que houvesse a aplicação de uma característica da era digital — a convergência; pois fez unir o real com o virtual, a democracia representativa e participativa para a elaboração de uma norma para regular o ambiente virtual no Brasil.

Discorremos que essa nova modalidade de elaboração legislativa está se estendendo também para a proteção dos dados pessoais e apresentamos como o direito comparado já aborda a matéria.

Concluimos que são necessárias normas específicas para regular o ambiente virtual para evitar as decisões com fulcro na análise de peritos ou no paternalismo pretoriano. Ainda, que uma Agência Regulatória seria um órgão capaz de exercer a gestão e manutenção da

Internet no Brasil, haja vista a ineficiência do CGL.br. Para tanto, seria necessária a criação de uma Agência específica para este fim ou uma alteração na Lei Geral de Telecomunicações para que a ANATEL se torne uma Agência de Comunicação e Informação, possa exercer o controle tanto do serviço de telecomunicações quanto dos serviços de valor adicionado. Medida essa que oneraria menos os cofres públicos.

Por fim, temos que o marco civil que pode vir a regular o uso da Internet materializa o exercício do princípio constitucional do controle, onde há a aplicação convergente das democracias representativa e participativa. Assim, existe a possibilidade de os cidadãos relegitimar as normas emanadas pelo Poder Público por via de participação eletrônica. Desse modo, teremos um controle democrático e normas válidas e eficazes.



## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. A Internet e o Direito. **Revista Consulex**, Brasília. a. II, n. 24, 1998.

AMARAL, Pedro Eichin. Investimento e segurança jurídica. **O Estado de Minas**, 20 fev. 2010.

AMBIENTE BRASIL. **OMS contesta Greenpeace sobre Chernobyl**. 2006. Disponível em: <<http://noticias.ambientebrasil.com.br/noticia/?id=24241>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AYALA, Patryck de Araújo. Participação pública e a regulação dos riscos de alimentos geneticamente modificados: um caminho de *déficits* e excessos na Política Nacional de Biossegurança. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo (Org.). **Aspectos Destacados da Lei da Biossegurança na Sociedade de Risco**. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial e Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, 2008. 582 p.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico. Os limites do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARLOW, John Perry. **Declaration of cyberspace**. 1996. Disponível em: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da UNESP, 1997. 264 p

BELLEIL, Arnaud. @ **privacidade**. O mercado dos dados pessoais: protecção da vida privada na idade da internet. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

BIEGEL, Stuart. **Beyond Our Control?** Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace. Cambridge, MA: MIT Press, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. Revista Eletrônica de direito administrativo econômico. Número 03. Ago/set/out 2005. Salvador. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** – uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. Quais as alternativas para a democracia representativa. In: BOBBIO, Norberto et. al. **O marxismo e o Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1979. 251p.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia de Direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239p.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 168, out/dez. 2005.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMPOS, Livia Figueiredo; SIQUEIRA, L. F. V. **Regulação da Internet e Proteção dos Dados Pessoais**. In: IX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. IX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, p. 5763 – 5782.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia do direito**: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito. 8. ed. Atlas: São Paulo, 2003.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET DO BRASIL. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/sobre-cg/historia.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Autarquias**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BGU/2002/Volum e1/013.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Tendências atuais do direito societário**. Disponível em: <<http://www.obcl.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2009.

COUTO Margarida. **Privacidade e Tecnologias Digitais**: visão europeia. Associação Brasileira de Direito da Informática e Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.abdi.org.br/website/artigos.asp?id=277>>. Acesso em: 28 mai. 2010.

DE MASI, Domenico (Org). **A sociedade pós industrial**. 4. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2003.

\_\_\_\_\_. **O ócio criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Francisco Carlos Duarte; MONTENEGRO, Juliana Ferreira. **Ação coletiva na sociedade de risco**. Artigo publicado nos anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi, Salvador, junho 2008, páginas 591-604.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EUROPEAN COMMISSION. **Guia Sobre Proteção de Dados Pessoais da União Européia**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/youreurope/nav/en/citizens/services/euguide/data-protection/index\\_pt.html](http://ec.europa.eu/youreurope/nav/en/citizens/services/euguide/data-protection/index_pt.html)>. Acesso em: 13 mai. 2010.

FALCÃO, Joaquim. **Globalização e Poder Judiciário**; a internalização das normas de nomes de domínio. 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14285-14286-1-PB.htm>>. Acesso em: 11 set. 2011.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Hermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **INPI divulga alerta tecnológico sobre nanobiotecnologia**. 2010. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/inpi-divulga-alerta-tecnologico-sobre-anobiotecnologia-1>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

JOHNSON, David; POST, David. Law and borders – the rise of law in Cyberspace. **Standford Law Review**, n. 48, p. 1367-1375.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

LEMOS, Fabiana Mattoso. **A participação da sociedade nos processos de decisão que envolvem organismos geneticamente modificados no contexto da sociedade de risco**. 2009. Monografia (Pós-Graduação *lato sensu*) – Programa de pós-graduação em Direito Constitucional, Instituto de Educação Continuada – PUC MINAS, Belo Horizonte.

LÉVY, Pirre. **Cibercultura**. Tradução: Carlos Irineu Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LOPES, Antônio Ludivino. **Privacidade On Line parte 2**. Disponível em: <<http://www.infoguerra.com.br/infonews/talk/1002533698,78659,.shtml>>. Acesso em: 29 mai. 2009.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

LOUREIRO, Carlos André Guedes. Contrato de seguro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3777>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

MACHADO, Claudia Maria. **O que é globalização**. Disponível em: <<http://orbita.starmedia.com/achouhp/geografia/globalizacao.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

MACHADO, Eduardo Magalhães. Aspectos Gerais. In: Seminário Internacional de Direito de Informática e Telecomunicações, 13. **Anais...** São Paulo: Associação Brasileira de Direito de Informática e The Computer Law Association, Inc., 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 1064 p.

MACIEL, Eliane Cruxên de Almeida. **Democracia Representativa e Consulta Popular**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/conleg/artigos/direito/DemocraciaRepresentativa.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

MARTINS COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana de Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista do Centro de Estudos Judiciário**. Brasília, n. 28, p. 15-32, jan/mar. 2005.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. O direito na sociedade de risco. **Revista Ciência e Cultura**. v. 61, n. 02, São Paulo, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e agências reguladoras**. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação cível** nº 1.0672.08.307693-1/003, 16ª Câmara Cível. Relator: Wagner Wilson. Minas Gerais, 12 fev. 2010. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=672&ano=8&txt\\_processo=307693&complemento=3&sequencial=0&palavrasConsulta=marcas%20e%20nomes%20de%20dom%EDnio&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=672&ano=8&txt_processo=307693&complemento=3&sequencial=0&palavrasConsulta=marcas%20e%20nomes%20de%20dom%EDnio&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Governo deve propor nova lei para a proteção de dados pessoais no País**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ08D>>

EBD27ITEMID6616AD7CEAA74C529EA494BF724A6CC2PTBRNN.htm. Acesso em: 15 ago. 2010.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Um plano nacional para banda larga: o Brasil em alta velocidade.** Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/images/pnbl/o-brasil-em-alta-velocidade1.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.  
NEGROPONTE, Nicholas; tradução Sergio Tellaroli. **A vida digital.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

PERCÍLIA, Eliene. **Teoria do Caos.** BRASIL ESCOLA. 2009. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/fisica/teoria-caos.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2010.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. Os confins da responsabilidade objetiva nos horizontes da sociologia do risco. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 181-189, abr./jun. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. 328 p.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** 2. ed. São Paulo; Martins Fontes, 2004.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago; ROVER, Aires José; **Democracia eletrônica na sociedade da informação.** Artigo publicado nos anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi realizado em Belo Horizonte/MG, 2007, p. 287-299.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. **Notas acerca do direito à privacidade na internet: A perspectiva comparativa.** p.14 Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/29726/29280>>. Acesso em: 18 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. **The role of the dogmatic function of law in cyberspace.** International Journal of Liability and Scientific Enquiry 2007 - Vol. 1, No.1/2 p. 85 -93

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Processo nº** 100.009.2008.000430-1, 1ª Câmara Especial. Relator: Wagner Wilson. Rondônia, 10 set. 2008. Disponível em: <[www2.tj.ro.gov.br/novodiario/07A08/.../20080904014-NR165.pdf](http://www2.tj.ro.gov.br/novodiario/07A08/.../20080904014-NR165.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

ROSA, Fellipe Augusto de Miranda. **O fenômeno jurídico como fato social.** Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

SAFE HARBOR ou PORTO SEGURO. Disponível em <[http://www.export.gov/safeharbor/safeharbor\\_documents.htm](http://www.export.gov/safeharbor/safeharbor_documents.htm)> Acesso em 27/06/2010.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do ressarcimento e a indenização punitiva. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Direito Civil: Atualidades III – princípios no direito privado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. XVI Congresso Nacional do Conpedi. **Anais...** Belo Horizonte: Conpendi, 2007.

SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e Cidadania:** o referendo como instrumento de participação popular. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 175p.

SARAIVA, António José. **Dicionário Crítico.** 1. ed (apreendida): 1963; 2. ed: Editorial Quercó, 1984. Disponível em: <<http://sementesdaterra.blogspot.com/2005/11/laicismo.html>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

SILVA, Nanci de Melo e. **Da jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito.** Os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco.** Belo Horizonte: Bernardo Alvares S/A, 1962.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SIQUEIRA, L. F. V. O controle do risco na sociedade pós-industrial. **Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário**. Universidade Católica de Brasília, v. 5, n. 2, p. 318-342, 2011.

\_\_\_\_\_. Proteção dos dados pessoais na sociedade pós-industrial. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 82, Rio Grande, 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8658](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8658)>. Acesso em: 16 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. A influência da internet nos estabelecimentos empresariais. **Revista Âmbito Jurídico**, v. 88, Rio Grande, 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9505](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9505)>. Acesso em: 16 ago. 2011.

SOUTO JÚNIOR, José Humberto. **A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem frente aos atos praticados pelos seus usuários e terceiros**. 2010. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução Neusa Vitale; Revisão técnica Roberto Troster. São Paulo: Makron Books, 1993.

TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital: como os jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos**. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Agir Negócios, 2010.

TAKAHASHI, Eduardo Tadao. Brasil: RNP – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Disponível em <http://interred.wordpress.com/1989/11/02/brasil-rnp-conselho-nacional-de-desenvolvimento-cientifico-e-tecnologico/>. Acesso em 13 de setembro de 2011.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei**. Trad. Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.



**ANEXO A – Projeto de Lei do Marco Civil da Internet****SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES****PROJETO DE LEI**

Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

**O CONGRESSO NACIONAL** decreta:

**CAPÍTULO I**  
**DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

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

Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração; e
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção aos dados pessoais, na forma da lei;
- IV - preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação;
- V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e
- VII - preservação da natureza participativa da rede.

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

Art. 4º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes objetivos:

- I - promover o direito de acesso à Internet a todos os cidadãos;

II - promover o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III - promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV - promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - Internet - o sistema constituído de conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal - computador ou qualquer dispositivo que se conecte à Internet;

III - administrador de sistema autônomo - pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço **Internet Protocol** - IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

IV - endereço IP - código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

V - conexão à Internet - habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

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

VII - aplicações de Internet - conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de Internet - conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet a partir de um determinado endereço IP.

Art. 6º Na interpretação desta Lei, serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

## CAPÍTULO II

### DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

Art. 7º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - à inviolabilidade e ao sigilo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

II - à não suspensão da conexão à Internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

III - à manutenção da qualidade contratada da conexão à Internet, observado o disposto no art. 9º;

IV - a informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com previsão expressa sobre o regime de proteção aos seus dados pessoais, aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de

Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar a qualidade dos serviços oferecidos; e

V - ao não fornecimento a terceiros de seus registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento ou nas hipóteses previstas em lei.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet.

### CAPÍTULO III

## DA PROVISÃO DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET

### Seção I

#### Do Tráfego de Dados

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedada qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos necessários à prestação adequada dos serviços, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, é vedado monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, ressalvadas as hipóteses admitidas em lei.

### Seção II

#### Da Guarda de Registros

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet de que trata esta Lei devem atender à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar as informações que permitam a identificação do usuário mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 2º As medidas e procedimentos de segurança e sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de conexão de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento.

§ 3º A violação do dever de sigilo previsto no **caput** sujeita o infrator às sanções cíveis, criminais e administrativas previstas em lei.

### Subseção I

#### Da Guarda de Registros de Conexão

Art. 11. Na provisão de conexão à Internet, cabe ao administrador do sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de um ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa poderá requerer cautelarmente a guarda de registros de conexão por prazo superior ao previsto no **caput**.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de sessenta dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no **caput**.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido impetrado no prazo previsto no § 3º.

### **Subseção II**

#### **Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet**

Art. 12. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de Internet.

Art. 13. Na provisão de aplicações de Internet é facultado guardar os registros de acesso dos usuários, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 1º A opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de Internet não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

§ 2º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, a guarda de registros de acesso a aplicações de Internet, desde que se tratem de registros relativos a fatos específicos em período determinado, ficando o fornecimento das informações submetido ao disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 3º Observado o disposto no § 2º, a autoridade policial ou administrativa poderá requerer cautelarmente a guarda dos registros de aplicações de Internet, observados o procedimento e os prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 11.

### **Seção III**

#### **Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros**

Art. 14. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 15. Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Parágrafo único. A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Art. 16. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 15, caberá ao provedor de aplicações de Internet informar-lhe sobre o cumprimento da ordem judicial.

### **Seção IV**

#### **Da Requisição Judicial de Registros**

Art. 17. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de Internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Art. 18. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

#### CAPÍTULO IV DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Art. 19. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da Internet no Brasil:

I - estabelecimento de mecanismos de governança transparentes, colaborativos e democráticos, com a participação dos vários setores da sociedade;

II - promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e níveis da federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos;

III - promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes níveis federativos e diversos setores da sociedade;

IV - adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;

V - publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada;

VI - otimização da infraestrutura das redes, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação das aplicações de Internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa;

VII - desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da Internet;

VIII - promoção da cultura e da cidadania; e

IX - prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso.

Art. 20. Os sítios e portais de Internet de entes do Poder Público devem buscar:

I - compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso;

II - acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais;

III - compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações;

IV - facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e

V - fortalecimento da participação social nas políticas públicas.

Art. 21. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da Internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção de cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Art. 22. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da Internet como ferramenta social devem:

I - promover a inclusão digital;

II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e

III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Art. 23. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas referentes ao uso e desenvolvimento da Internet no País.

CAPÍTULO V  
DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. A defesa dos interesses e direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília,