



O “MARCO CIVIL DA INTERNETE”: A LEI BRASILEIRA N.º 12965, DE 23 DE ABRIL DE 2014

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

1. A SITUAÇÃO DE BASE; 2. A GÊNESE DA LEI; 3. O CONFRONTO COM A SITUAÇÃO EM PORTUGAL E NA UNIÃO EUROPEIA; 4. CONFRONTO COM A UCITA; 5. AS “DISPOSIÇÕES PRELIMINARES”: VACUIDADE FORMAL E VALIA SUBSTANCIAL; 6. OS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS. OS DADOS PESSOAIS; 7. A NEUTRALIDADE DA REDE; 8. OS REGISTOS DE CONEXÃO E DE ACESSO A APLICAÇÕES DA INTERNETE, OS DADOS PESSOAIS E AS COMUNICAÇÕES PRIVADAS; 9. A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA LEI BRASILEIRA; 10. O DESAFIO DA DIGITALIZAÇÃO E O PODER PÚBLICO; 11. INTERFACE COM OUTROS RAMOS DO DIREITO: CONSUMIDOR E AUTORAL. O FUTURO; 12. EPÍLOGO.

1. O Brasil entrou no séc. XXI com um grande atraso no domínio de legislação sobre informática.

É de certo modo paradoxal. O Brasil tinha múltiplas razões para se lançar, mesmo com prioridade, à construção da sociedade digital. Limitamo-nos a indicar algumas.

I – O Brasil estava completamente desprovido de lei reguladora do comércio eletrónico. E todavia, a tendência da camada brasileira com recursos financeiros é a de ter uma apetência muito grande para os artigos estrangeiros. Lança-se ousadamente na aquisição internacional. Mas sem uma lei que o proteja, o brasileiro está exposto a muitas vigarices e aos correspondentes desaires. Desde a troca da mercadoria que pedira por outra, até desvios do regime pactuado do contrato, tudo lhe poderia acontecer. Mas como reagir, dada a ausência de lei? Não é arriscado dizer que em cerca de 50% dos casos não encontraria proteção.

Por outro lado, num ponto de vista político, o Brasil carecia de uma lei que reforçasse a estrutura informática nacional. O Brasil tem o que se chama quer a dimensão continental, quer simultaneamente uma posição central na América do Sul. Não é contraditório: comparemos com Portugal. Portugal é inelutavelmente um país periférico: por isso o seu único caminho foi expandir-se pelo mar ignoto. Ao contrário, o Brasil é de tal maneira central, embora tenha uma extensíssima costa, que todos os outros países do subcontinente são, perante o Brasil, periféricos.

Continuando a comparação, quer o Brasil quer Portugal têm um forte sentido da unidade nacional¹. Portugal porque, ocupando grande parte da costa marítima da

¹ Que podemos considerar como uma herança portuguesa no Brasil.



Península Ibérica e suscitando por isso a cobiça do vizinho, soube resistir sempre, indo a caminho do IX século da sua existência. O Brasil porque, por razões análogas, soube resistir a agressões externas, repelir invasões e prosseguir na senda dos bandeirantes, penetrando sempre mais no interior.

Mas o Brasil continua a ter um grande problema, no que respeita à integração e ao conseqüente reforço da unidade. A imensidão do território e a difícil acessibilidade a grandes extensões impõem meios de comunicação que superem tecnicamente o isolamento das comunidades. A informática representa um extraordinário aliado pois permite, em condições extremamente mais baratas e eficazes, o contato unificador da sua população.

Não só. Há ainda o reverso da medalha. Poder-se-á temer que esta unificação tenha um preço gravoso, que é o de fazer submergir as diferenças – como hoje acontece já com os meios televisivos que, pese à qualidade e imaginação de muitos intervenientes, vão provocando uma mescla sem substância, amalgamando grandes massas por toda a parte num arremedo de cultura norte-americana.

Mas este efeito não é fatal. Há também uma vertente positiva. Podemos ilustrá-lo de novo com o que se passa em Portugal.

Na sua pequenez, no quadrilátero continental e na Madeira e nos Açores, Portugal é extremamente diferenciado. Nas suas origens étnicas, que são diferentíssimas, dos suevos do Norte aos berberes do Sul, dos lusitanos primitivos às massas de emigrantes vindos de África negra e de muitos lugares da Europa. Movimento que até se acentuou nos últimos tempos. Mas esta diversidade é positiva. Cada população tem os seus costumes e os valores inerentes. Isto permite que todos beneficiem deles e formem o rico património histórico nacional comum.

Os meios de comunicação atuais permitem o acesso de todos a essa riqueza. Apenas devemos lamentar que a mediocridade e a ganância dos canais de televisão contribua negativamente para a formação da opinião.

Mas, voltando ao tema: na realidade, os grandes efeitos – que são o reforço da unidade nacional e a disseminação dos valores locais – não são incompatíveis. Cada um tem o seu contributo próprio. E assim, levam ao enriquecimento do povo a que se dirigem e à sua unidade.

Isto, se houver o sentido de conseguir a utilização ótima destes dois fatores. E é no **se** que todo o problema reside, quer em Portugal quer no Brasil.

2. Foi neste solo que germinou o que se chamou o Marco Civil da Internet. Observamos já que em lugar nenhum a Lei n.º 12965, de 23 de abril de 2014, assim se designa. Foi utilizada num documento preparatório e generalizou-se a referência, durante o longo tempo de gestação da lei, como um verdadeiro costume. Uma vez que a expressão é adequada para caracterizar a matéria, não vemos nenhuma razão para a não aceitar assim.



Entrando nos prolegómenos da lei, seríamos tentados a indagar qual o sistema de outros países em que esta lei se enquadra. O atraso em que o Brasil se encontrava na matéria permitiria seguir tendências já vigorantes alhures.

Mas, ponderando bem, não se enquadra em nenhuma: porque nenhum país, a nosso conhecimento, introduziu a matéria com uma lei de princípios, definições e valorações gerais, que constituíssem a cúpula do sistema a instituir². A tendência geral foi a de, pragmaticamente, começar por leis que tinham por objeto temas setoriais urgentes (programas de computador, bases de dados, nomes de domínio...), para só se acederem a questões de cúpula em fase posterior. Apenas muito vagamente encontraríamos correspondência no Brasil.

O Brasil preferiu erigir um muro de princípios gerais. Deste modo delimitou o solo a ser preenchido, mas não pôde deixar de cair numa certa vacuidade.

Em todo o caso, embora o que se disse seja verdade, também é certo que há discrepâncias no tratamento dos vários temas. Alguns interessaram o legislador de modo particular. Estão neste caso:

- a neutralidade da rede
- o respeito da privacidade e dos dados pessoais.

Teremos oportunidade de os examinar em particular.

Quais os efeitos de se ter seguido esta via?

Teve um efeito positivo e outro negativo.

a) Por um lado, permitiu romper com a inércia até então reinante no domínio de legiferação básica no domínio digital. Logrou dotar o Brasil do que pode ser o arcabouço de desenvolvimentos futuros.

b) Por outro, teve um efeito negativo. Durante o tempo decorrido até à aprovação da lei, nada se avançou em domínios pragmaticamente urgentes: o caso mais urgente é o da regulação do comércio eletrónico, como dissemos³.

Qual foi então o percurso desta lei?

Teve como ponto de partida uma iniciativa, que chegou ao Senado, de regulação dos pontos fulcrais da Internet.

Mas o Projeto encravou.

Dividiu os senadores e a opinião pública, levando a dezenas de projetos que se sobrepujam. E foi campo de pasto dos lóbis, que se digladiaram através dos seus representantes e dos próprios senadores.

² Fizemos especificamente o confronto com a *Digital Millennium Copyright Act* norte-americana, porque surgiu pela altura em que a matéria começou a ser debatida no Brasil. Mas a conclusão só pode ser negativa: o itinerário brasileiro nada tem que ver com aquela lei. Teremos adiante oportunidade de voltar ao tema.

³ Apenas se terá avançado na gestão coletiva, por via indireta, por força das alterações entretanto sobrevindas na reforma da lei dos direitos autorais (LDA).



Passaram-se anos. Enfim, o Governo e o Senado resolvem romper com esta inércia. É constituída uma Comissão Especial do Senado, cujo objetivo é o de fazer vingar uma solução liberalizadora neste domínio.

De facto, o principal ponto de debate foi o da *neutralidade da rede*. A posição oficial foi a da defesa de uma Internet aberta, a que todos pudessem recorrer em igualdade de condições; enquanto as empresas de informática, a começar pelos quadros dos gigantes internacionais atuantes no Brasil, pretendiam que elas pudessem dar um tratamento privilegiado aos seus próprios clientes.

O debate no Senado foi aceso, com grande intervenção dos interessados. Finalmente, a Comissão Especial apresenta o seu Relatório. As dezenas de projetos apresentados são todos rejeitados. Só é aprovado o Projeto emanado da própria Comissão.

Na fase terminal, a votação final do Projeto foi ainda adiada uma vez mais, por divisões no interior do próprio governo.

Enfim, o Projeto consegue a aprovação, convertendo-se na Lei n.º 12965, de 23 de abril de 2014.

3. Confrontemos agora a evolução do Direito da Informática em geral, e do Direito da Internet em particular, no Brasil e em Portugal, na União Europeia (U.E.) e nos Estados Unidos da América. A ligação do Direito português ao da União Europeia justifica-se por Portugal se ter integrado na (atual) União Europeia logo nos primórdios da disciplina jurídica da informática. Foi por isso largamente influenciado pelas diretrizes desta, que marcaram quase sempre as linhas gerais que o país teve de seguir.

Quer a Europa quer o Brasil refletiram porém a mesma origem internacional que influenciou os primeiros tempos – a doutrina da Internet como um espaço livre de Direito, aberta por isso a todas as intervenções, por oposição à informática como segredo militar e a seguir segredo científico, que dominara as origens norte-americanas da rede.

Mas as intervenções normativas foram-se afinal acumulando, pondo em causa o mito de um espaço alheio ao Direito.

Generalizando um pouco, podemos dizer que as primeiras intervenções se fizeram para sujeitar os bens informáticos ao direito de autor. A pressão norte-americana fez-se sentir fortemente, para que os vários países do mundo ocidental adotassem legislação neste sentido; e isto porque o direito de autor dá a proteção mais forte de todos os direitos intelectuais e não obriga a revelar o conteúdo



da inovação ⁴. É assim que vemos por exemplo os programas de computador e as bases de dados serem protegidos pelo direito de autor por todo o lado ⁵.

De qualquer modo, quer em Portugal quer no Brasil o trânsito para a legislação sobre a Internet começou pela tutela dos bens informáticos. Mas há uma diferença de grau considerável. Enquanto na Europa essa tutela se fazia pela disciplina global de cada categoria, no seguimento de diretivas (“diretivas”) comunitárias específicas, no Brasil operou-se de modo muito mais difuso. Só a proteção do programa de computador surgiu muito cedo, por via da Lei n.º 7.646, de 18 de dezembro de 1987 ⁶. Nos outros casos resulta de incidências esporádicas, particularmente na disciplina do Direito Autoral.

O desenvolvimento posterior foi ainda mais diferenciado. Na Europa foram sistematicamente regulados os domínios relevantes da informática. Em Portugal são particularmente importantes o Dec.-Lei n.º 7/04, de 7.I, que transpõe a Dir. n.º 00/31, de 8.VI, sobre o comércio eletrónico, e a Lei n.º 50/04, de 24.VIII, que transpõe a Dir. n.º 01/29, de 22.V, relativa à harmonização de aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

No Brasil, porém, as intervenções foram muito mais esparsas. Daí resultaram as situações preocupantes de desarmamento do Brasil no cenário internacional.

Um dos aspetos que mais nos impressiona é o relativo ao comércio eletrónico. Este ganha cada vez maior importância no panorama internacional. Mas os riscos a que se sujeita quem participa deste comércio são, como dissemos, grandes. Todavia, no Brasil nada se regulou ainda. Não adianta dizer que se aplica o Código de Defesa do Consumidor, porque este foi previsto para o mercado interno. Assim, toda a problemática internacional ficou por regular.

É certo que desde a década de 90 numerosos projetos foram apresentados no Congresso. Mas não há a menor verosimilhança de serem aprovados.

E o que acontecerá agora, neste e em tantos outros setores específicos, após a aprovação do Marco Civil da Internet?

4 Mas falharam na primeira tentativa, pois a conferência que aprovou o Tratado de Washington de 26.V.89, sobre circuitos integrados (ou topografias dos produtos semicondutores), recusou a pretendida tutela pelo direito de autor.

5 Embora com aspetos diversos. Assim, na Europa, as bases de dados não criativas são protegidas por um chamado direito *sui generis* – o que em si não quer dizer coisa nenhuma. E no que respeita aos programas de computador assistimos à situação caricata de, em Portugal, os serventuários das entidades norte-americanas terem conseguido a proteção penal dos programas de computador em 1991 – inclusive contra a divulgação! – antes de haver proteção civil. Esta só foi introduzida pela Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, que transpôs a Diretriz (“Diretiva”) comunitária sobre a proteção dos programas de computador.

6 Sobre esta questão, veja-se o nosso *Direito Autoral*, 3.ª ed., Renovar (Rio de Janeiro), 1997, n.ºs 487 e segs. A influência norte-americana é óbvia.



4. Poderia pensar-se que o Marco Civil foi devido à influência norte-americana.

Com efeito, a questão do Marco Civil entra em debate no Brasil no final da década de 90. Ora, justamente em 1999 é promulgada nos Estados Unidos da América a lei conhecida pela UCITA – ou seja, *Uniform Computer Information Transactions Act*. E é igualmente uma lei geral sobre direitos informáticos ou matérias da Internet.

Mas seria uma ilusão ver uma relação de causa a efeito. A UCITA só poderia ter influenciado os espíritos no sentido de se intervir na regulação de algum modo da Internet.

A UCITA é uma lei de cúpula, que pretende abrir caminho à harmonização das legislações dos Direitos dos Estados. Nos Estados Unidos da América a competência originária no Direito Privado pertence aos Estados. Tratando-se de matérias que ultrapassam por natureza as fronteiras, a UCITA representa o instrumento que prepara uma harmonização – tal como se deu com o *Uniform Commercial Code*. Mas a adoção concreta de legislação só se poderia fazer Estado por Estado. “Recomenda-se” apenas a adoção pelos vários Estados. Mas cada um pode fazê-lo à sua maneira.

Por outro lado, a matéria da lei é também muito diferente. O que a UCITA contempla, afinal, são os contratos. Sob a designação *Computer Information Transactions*⁷ prevêem-se contratos por meios informáticos, criando-se uma categoria que não corresponde à noção europeia de contrato eletrónico e muito menos ao enquadramento do comércio eletrónico em geral. Aí se regulam, partindo das definições, a formação dos contratos, o conteúdo, as vicissitudes, o cumprimento, a tutela... A lei fá-lo por outro lado com uma exacerbação da autonomia privada que a afasta dos marcos europeus: nomeadamente, no que respeita à omissão de regras relativas à proteção do consumidor.

A receção da lei foi tormentosa. Amélia H. Boss, escrevendo dois anos após a aprovação, relata os muitos problemas e os poucos avanços suscitados⁸. Mas não é esta a nossa questão.

Concluimos que o Marco Civil da Internet representa uma via de regulação da informática que não corresponde, nem à via europeia, nem à via norte-americana.

5. Nas Disposições Preliminares, o Marco Civil da Internet, depois de indicar como vimos qual o seu conteúdo, desenvolve-se em mais cinco artigos:

Art. 2 – Fundamento

Art. 3 – Princípios

Art. 4 – Objetivo da disciplina

Art. 5 – Definições

⁷ A definição é dada pela secção 102 a 11): “*Computer Information Transaction*” means an agreement or the performance of it to create, modify, transfer or license computer information or informational rights in computer information”.

⁸ *Taking UCITA on the road: what lessons have we learned?*, Roger Williams University Law Review, vol. 7, n.º 1 (2001), 168.



Art. 6 – Outros elementos a levar em conta na interpretação da lei ⁹.

Neste enunciado logo avulta o caráter vago da disciplina. Fundamentos, princípios, objetivos ou os “outros elementos” são aproximadamente intercambiáveis. Só as definições têm um conteúdo preciso, mas sabe-se como é perigoso o legislador arriscar definições ¹⁰.

Comparando com a situação portuguesa, não encontramos nada de semelhante. Não é que não emergam aqui e além princípios, mas nunca nos surgem em formação cerrada, à cabeça de um enquadramento geral da matéria. O mesmo diremos das definições. Surgem quando necessárias para disciplinar pontos particulares, e não como pressuposto da regulação de toda a matéria. Por outro lado, haverá que perguntar se alguns destes enunciados não seriam dispensáveis. Por exemplo, valeria a pena especificar no art. 3 I que a disciplina do uso da Internet no Brasil se baseia na “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”? Quando a Constituição, por natureza, se aplica sempre, e portanto também na disciplina da Internet?

Atendendo agora à índole específica destes preceitos, não podemos deixar de acentuar que se enunciam já matérias, como dissemos, que revestirão depois uma importância muito particular. É o caso da finalidade social da rede (art. 2 VI), da garantia da liberdade de expressão (art. 3 I) ¹¹, da proteção da privacidade e dos dados pessoais (art. 3 II e III) e da preservação e garantia da neutralidade da rede (art. 3 IV). Têm logo um conteúdo preciso.

A preocupação patente já nesta abertura está em assegurar a liberdade na rede. Não só como projeção das grandes liberdades fundamentais, mas mais precisamente no que respeita à promoção do direito de acesso de todos à Internet (art. 4 I), à adesão a padrões tecnológicos abertos (art. 4 IV), à preservação da natureza participativa da rede (art. 3 VII) ou à importância da promoção do desenvolvimento humano, económico, social e cultural (art. 6). E aqui temos de lhe dar substantivamente razão, porque eram reais os perigos que ameaçavam a liberdade de circulação na Internet – como se viu aliás no debate sobre a neutralidade. Neste sentido o marco civil representa uma vitória da linha de uma Internet aberta e participativa. Presta um serviço ao povo brasileiro e, conseqüentemente, é uma vitória para o Brasil.

⁹ Seriam a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, económico, social e cultural. Anote-se que causa estranheza serem referidos *costumes*, dada a juventude de toda esta matéria. Talvez fosse melhor falar apenas em práticas ou usos, pois o costume, no entendimento clássico das Ordenações do Reino, deveria ter mais de 100 anos.

¹⁰ Também estranhámos que as definições sejam dadas “Para os efeitos desta Lei”. Sendo o marco civil a lei geral da matéria, as definições não deveriam ser dadas especificamente para esta fonte, mas sim para toda a ordem jurídica brasileira, salvo disposição em contrário.

¹¹ Apesar de, como dissemos, serem em si supérfluos, também exprimem o relevo que se quis outorgar a estes aspetos.



6. O capítulo II é dedicado aos direitos e garantias dos usuários (arts. 7 e 8).

Continua a verificar-se a mesma diferença de índole em relação à situação portuguesa e também à europeia. Na Europa regulam-se matérias, não se enunciam direitos em geral. Não deixam de se referir direitos, mas esses vêm atrelados à disciplina de matérias concretas e não constituem formação cerrada.

Atendendo ao conteúdo, porém, verificamos que a diferença, aqui, não é tão grande como poderia parecer. Porque o que neste capítulo se regula é essencialmente a preservação da privacidade e dados pessoais. É uma matéria muito trabalhada na Europa e que representa hoje uma preocupação a nível mundial. Inclusive nos Estados Unidos da América, o que não deixa de ser interessante ¹².

Observe-se preliminarmente que a matéria da privacidade e dos dados pessoais não é tratada somente neste capítulo. É ainda longamente trabalhada no Capítulo III. Porém, não teremos aqui a preocupação de ser exaustivos na análise do Marco Civil.

Como dissemos, a preocupação pela reserva da privacidade e dos dados pessoais é muito forte na Europa. No nível europeu, constou primeiro da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, de 28.I.81, que todos os Estados-Membros da União ratificaram ¹³. Hoje, consta da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 7.XII.00) no art. 8/1: “Toda a pessoa tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhe respeitam”; bem como de abundante legislação derivada.

Fala-se na reserva quer da privacidade, quer dos dados pessoais. A privacidade consistiria em estar ao abrigo da intromissão alheia; a reserva dos dados pessoais em os dados identificadores de uma pessoa não serem utilizados ou divulgados. Ambos são previstos, quer no Brasil quer na Europa.

Nos dados pessoais incluem-se quer dados que identificam a pessoa (a imagem, por exemplo), quer os rastros que as comunicações eletrónicas deixam, e que são muitos. Em Portugal chamam-se dados de tráfego; no Brasil fala-se em registos de acesso e em registos de conexão a aplicações de Internet. São referidos neste capítulo do marco civil, nomeadamente no art. 7 VI e VII. Avança-se já algo neste

12 Porque a violação da privacidade é uma das acusações principais que se faz aos EUA neste domínio. Os EUA querem possivelmente aparentar um outro aspeto, perante a reação europeia e de outros países à espionagem norte-americana e ao dever das empresas atuantes nos Estados Unidos de relatar os dados de que têm conhecimento nos seus estabelecimentos no estrangeiro às autoridades norte-americanas.

13 O Conselho da Europa é uma instituição que dobra, digamos, a atual União Europeia, porque abrange também países que não integravam esta. Era muito importante no início, quando a então CEE agregava seis Estados, mas se queriam enquadrar, mais tenuemente embora, outros países. À medida que a maioria dos países europeus adería à atual União, o papel do Conselho da Europa esmoreceu.



regime, possivelmente porque se pensou que a premência da matéria desaconselhava que a disciplina fosse retardada.

Na Europa a regulação tem sido múltipla e de certa forma irregular. Houve uma espécie de esquizofrenia da privacidade. No que respeita à conservação dos dados das telecomunicações, no plano europeu, a disciplina vigente, da Diretriz n.º 2002/58/CE (relativamente recente), foi substituída pela da Diretriz n.º 2006/24, de 15.III. Considerou-se que a posição tomada fora demasiado rígida e logo se procurou torná-la mais maleável. Mas, com surpresa, a própria Advogada-Geral, a representante da Comissão junto do Tribunal de Justiça da Comunidade, veio pedir que esta fosse declarada nula, o que efetivamente aconteceu¹⁴. E acaba de ser aprovada pelo Conselho da União Europeia uma Proposta final de Regulamento sobre a mesma matéria, após uma longa preparação.

No domínio da privacidade, o marco civil estabelece a inviolabilidade, quer das comunicações em ato, quer das que estiverem armazenadas (art. 7 II e III) e considera nulas as cláusulas contratuais que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas pela Internet (art. 8 II). No que respeita aos dados pessoais, o art. 7 VII, VIII, IX e X estabelece um regime de proteção que podemos dizer completo, ao contrário de outras matérias. Faltará apenas uma lei especial que concretize estas previsões, que não se afastam grandemente dos melhores regimes europeus. E ainda são completadas, como dissemos, pelas previsões do capítulo III.

Não é este o único conteúdo do capítulo II. Há ainda previsões menos concretas sobre informação e aplicação das normas de defesa do consumidor, no art. 7; e no art. 8 § un. II encontra-se uma curiosa norma que, por referência à garantia da privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações, considera nulas as cláusulas que, em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao aderente “a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil”.

7. Em Portugal e na Europa em geral a questão da neutralidade da rede tem sido objeto de debate.

Na União Europeia, a Comissária Kroes, responsável ao tempo por esta matéria, tomou uma atitude decidida em prol da neutralidade da rede, enfrentando várias pressões em sentido contrário¹⁵. A posição teve repercussão sobre Portugal.

No Brasil foi este o tema principal de um debate amplo¹⁶. Foi noticiado que as divergências profundas sobre a matéria provocaram acesa controvérsia e adiamentos,

14 Provocando o resultado anómalo de as leis de transposição pelos países da diretriz anulada se manterem em vigor, enquanto esses países, um por um, as não substituírem.

15 Assim, o seu discurso ao Parlamento Europeu de 4.VI.13 tem o expressivo título: *Guaranteeing Competition and the Open Internet in Europe*, justamente por referência à neutralidade da rede.



quer no interior do Governo Federal quer na Câmara e no Senado. Mas a posição em prol de uma posição afirmativa viria a prevalecer, de maneira clara. É assim que o art. 9 do Marco Civil estabelece enfaticamente o princípio da isonomia: os provedores de serviços devem tratar igualmente “quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

Assegurado assim o princípio, o debate transfere-se para as condições em que será possível estabelecer diferenciação. A matéria é versada nos §§ do mesmo art. 9. A “discriminação ou degradação (*sic*) do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República”. Foi a solução encontrada para dar uma certa garantia da estabilidade da solução – garantia porém provisória, por natureza.

Acrescentam-se limitações a este poder de quebra da isonomia (§ 1.º). Só poderá decorrer de:

- requisitos técnicos indispensáveis
- priorização dos serviços de emergência.

Os limites estão sujeitos a novos limites no § 2.º. São:

I – abster-se de causar danos aos usuários.

Remete para o art. 927 C.C., que é o que estabelece a responsabilidade objetiva quando a lei o especificar ou quando a atividade desenvolvida implicar por natureza risco para os direitos de outrem. Não é porém cristalino para qual das modalidades pretende o Marco Civil apontar ou se remete para ambas.

II – agir com proporcionalidade, transparência e isonomia.

III – informar previamente os usuários “sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adoptadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede”. Acentua-se esta referência à segurança, que é matéria em geral alheia ao marco civil.

IV – oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

O último trecho parece inútil, pois há um dever genérico de não agir anticoncorrencialmente. Já a primeira parte é importante, porque estende o dever de isonomia, além do domínio técnico, ao domínio comercial.

Por tudo isto, podemos concluir que a neutralidade da rede é a outra matéria em que se não ficou pelos princípios gerais, estando especificamente regulada pelo marco civil.

16 Em que participaram numerosas entidades. Assim, o Comitê Gestor da Internet no Brasil emitiu várias resoluções em 2012, uma delas nomeadamente para se posicionar contrariamente ao Projeto SOPA, dos Estados Unidos da América, considerando os efeitos negativos que teria sobre o desenvolvimento da Internet no Brasil.



8. Este é o conteúdo da Seção II do Cap. III do marco civil, com as respetivas subseções. Como se vê, retoma-se aqui a matéria da privacidade e dos dados pessoais. Eis outro capítulo que é objeto de considerável desenvolvimento, ultrapassando o mero enunciado de princípios gerais.

O art. 10 do marco civil exara a máxima de que estes elementos devem proteger os direitos de personalidade envolvidos; e estabelece depois, nos §§ 1.º e 2.º, os limites da disponibilidade destes pelo provedor.

Estes limites, numa técnica análoga à que encontramos atrás, são por sua vez limitados no § 3.º, em benefício das entidades administrativas competentes; e no § 4.º pelo dever de informação das medidas e procedimentos de segurança adotados pelo provedor¹⁷.

Nas Subseções desta Seção II regula-se sucessivamente:

I – a guarda de registos de conexão

II – a guarda de registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de conexão

III – a guarda de registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de aplicações¹⁸.

Utiliza-se pois *provisão* para designar a atividade do provedor. Este sentido não é de uso em Portugal.

Os registos de conexão devem ser guardados, sob sigilo e em ambiente de segurança, pelo prazo de um ano (art. 13). Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registos de acesso a aplicações da Internet (art. 14). A guarda de registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de aplicações deve ser mantida pelo prazo de seis meses. Tudo isto nos termos de regulamento, que deste modo se promete.

O art. 9 termina com um § 3.º, aparentemente deslocado por respeitar à privacidade sobretudo: proíbe o provedor de conexão à Internet de bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, “respeitado o disposto neste artigo”.

Analogamente, o art. 14 proíbe, como dissemos já, guardar registos de acesso a aplicações de Internet na provisão de conexão. Pelo contrário, na provisão de conexão à Internet cabe ao administrador do sistema autónomo respetivo o dever de guardar os registos de conexão sob sigilo, pelo prazo dum ano (art. 13). A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a guarda por prazo superior (§ 2.º), tendo a partir de então 60 dias para requerer a autorização judicial de acesso aos registos (§ 3.º). Enfim, o § 6.º prevê sanções pelo descumprimento do disposto no artigo, tão amplamente que dir-se-ia abranger

17 Mas respeitando o direito de confidencialidade quanto a segredos comerciais.

18 Todas estas figuras vêm definidas no art. 5, incs. V a VIII.



também a autoridade policial ou administrativa e o Ministério Público – o que não se afigura plausível.

Disposições semelhantes, quando não mesmo idênticas, constam da subseção III, art. 15, sobre a guarda de registros de acesso a aplicações da Internet na provisão de aplicações.

Esta subseção III contém porém uma norma proibitiva, a do art. 16: veda, na provisão de aplicações da Internet, onerosa ou gratuita, a guarda:

□ “dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente”

□ “de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular”.

A 2.^a previsão parece inútil, pois todo o negócio jurídico é enquadrado pela respetiva finalidade.

Já a primeira é uma previsão só para iniciados. É verdade que se acrescenta: “respeitando o disposto no art. 7.^o”. O art. 7.^o enumera direitos dos usuários mas contempla as mais variadas matérias; pelo que esta remissão, que em qualquer caso seria imposta pelo sistema, também não adianta muito. Tão-pouco o bem elaborado Parecer da Comissão Especial versa este tema, que sofreu alterações posteriores.

Pelo que cremos que o preceito exige uma distinção entre a previsão do art. 15, do “provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos”, que deverá manter registrado por 6 meses, e a “provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita”, prevista no art. 16, em que a guarda só é admitida se o titular dos dados tiver consentido previamente. A distinção tem contornos pouco nítidos, pelo que seria bom que fosse esclarecida, ao menos em diploma complementar.

9. Outra matéria de grande relevância é regulada neste capítulo, na secção II, arts. 11 e 12: a competência internacional da lei brasileira. Substantivamente, é básico o art. 11; o art. 12 é sancionatório, tanto em relação ao art. 10 como ao art. 11. São exclusivamente aplicáveis ao art. 11 os incisos III e IV, que cominam, “conforme o caso”, a suspensão temporária das atividades (III) e a proibição do exercício das atividades (IV).

Chamamos ainda a atenção para o § único, que dispõe que a empresa estrangeira¹⁹ responde solidariamente pelo pagamento da multa aplicada à “sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no país”.

Outra matéria de grande relevância é regulada a seguir. A lei brasileira é aplicável:

19 Subentende-se: com sede no estrangeiro.



- a todas as operações relativas a registos ou comunicações, desde que pelo menos um ato ocorra em território nacional
- a todos os dados coletados em território nacional
- a todas as operações em que pelo menos um ato ocorra em território nacional
- ao conteúdo das telecomunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil (§ 1.º).

Acentua-se ainda que se aplica a lei brasileira mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou que pelo menos uma integrante do mesmo grupo económico possua estabelecimento no Brasil (§ 2.º).

Enfim, sujeita os provedores de serviços de conexão e de aplicações na Internet à prestação de informações que permitam verificar o cumprimento da lei brasileira, nomeadamente quanto à privacidade e ao sigilo de comunicações (§ 3.º) ²⁰.

Vai-se assim até ao limite, na atribuição de competência à lei brasileira.

Mas aqui toca-se matéria de extrema delicadeza. A mesma matéria que, sob um véu de excelentes relações, fez estalar uma guerra surda entre a Europa e os Estados Unidos.

Os líderes europeus, nomeadamente a Sr.^a Merkel, ficaram profundamente chocados quando souberam, através das revelações do Wikileaks, que estavam a ser pessoalmente espiados nas suas comunicações pelos serviços de informação dos Estados Unidos da América.

Além disso, ressentiram-se com a vantagem comercial desleal que os Estados Unidos tiravam do sistema legal de subordinação das suas empresas aos interesses norte-americanos, em confronto com o europeu.

Pelo sistema da União Europeia, as empresas que operam na Europa estão sujeitas à supervisão dos países europeus, genericamente falando. Mas já não o estão em relação a atividades que se processam no exterior e não tenham reflexo no país de origem.

Isto permitia que os Estados Unidos obtivessem das dependências no exterior de empresas sediadas nos EUA as informações que desejassem, a título de supervisão. E entre essas informações estão as altamente estratégicas, como as referentes à política de empresas europeias. Violando assim a confidencialidade de dados ²¹.

Os Estados europeus endureceram. Nomeadamente a Alemanha exigiu das empresas norte-americanas operantes no seu território o compromisso da confidencialidade dos dados como requisito básico do seu exercício, cominando

²⁰ Tudo na forma de regulamento a emitir.

²¹ O que confirma convicções generalizadas de que empresas norte-americanas ganharam grandes concursos internacionais (nomeadamente no Brasil) porque sabiam de antemão o lance que concorrentes europeus ou outros iriam apresentar.



sanções muito graves para o caso de violação. É uma guerra atualmente em curso. As empresas ficam entaladas entre duas fidelidades: à supervisão norte-americana pela sua origem e à supervisão europeia pelo seu exercício.

O Brasil acompanha decerto o desenrolar deste conflito surdo. A posição relativamente extrema que o marco civil tomou, a respeito da competência da lei brasileira, poderá levantar problemas delicados. É bom que se prepare para esta eventualidade, quer no plano legislativo quer no político.

Notícias de última hora dão conhecimento de um acordo sobre esta matéria entre a União Europeia e os Estados Unidos da América. Há que aguardar qual será o conteúdo.

10. A epígrafe do capítulo IV (arts. 24 a 27) é “Da Atuação do Poder Público”. Envolve simultaneamente a União, os Estados, o Direito Federal e os Municípios, não obstante a desigualdade de funções destes, como observámos já.

Em todo o caso, há dois artigos que referem exclusivamente o Estado: o art. 26, sobre o “dever constitucional do Estado na prestação da educação”, e o art. 28, que comete ao Estado formular e fomentar estudos e fixar objetivos “referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País”²².

É mais um capítulo de orientações gerais e por vezes vagas. Assim acontece com o art. 24, que fixa diretrizes para a atuação dos entes que contempla. A ideia geral é em qualquer caso sempre a da promoção da Internet e a sua utilização como alavanca das políticas públicas.

A intenção de aproveitamento das virtualidades da Internet é muito forte logo nas diretrizes do art. 24. Prevêem-se “mecanismos de governança multiparticipativa”, com referência expressa ao Comité Gestor da Internet, no Brasil (incs. I e II); a promoção do governo eletrónico (inc. III); a promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais (inc. IV); a “adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres” (inc. V), o que merece ser salientado; e, entre outros, a prestação de serviços de atendimento ao cidadão “por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos” (inc. X). É todo um programa de digitalização, em si correto, que se impõe concretizar.

O mesmo diríamos dos objetivos fixados às aplicações da Internet pelos entes do poder público, previstos no art. 25. Salientamos o inc. III, que determina a “compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações”, o que nos parece muito sensato: pois não teria sentido, na vertigem da digitalização que beneficia de início muito mais quem oferece os serviços que os usuários, criar afinal uma multidão de info-excluídos.

Também o art. 26 prevê, como conteúdo do dever constitucional do Estado da prestação de educação, como dissemos, a capacitação para o uso seguro, consciente e

²² O uso de *Estado*, no singular, deixa a dúvida para quem olha do exterior se se refere à União ou aos Estados.



responsável da Internet, o que significa realmente um imperativo da integração brasileira e do chamamento à participação de todos os cidadãos.

No mesmo sentido ainda o art. 27, referente ao fomento da cultura digital, prevê a inclusão digital e a redução das desigualdades, além do fomento à produção e circulação de conteúdo nacional.

Finalmente, o art. 28 comete ao Estado estudos, dissemos, bem como a fixação de “metas, estratégias, planos e cronogramas de desenvolvimento da internet no país”.

São grandes objetivos, que não são fáceis, pois exigem um grande empenho e persistência. Permitimo-nos apenas retomar uma valência, com os olhos de quem reflete do exterior sobre o marco civil. Todos os países do mundo enfrentam agora o desafio da digitalização. O Brasil está integrado afinal no mesmo movimento, que altera em meia dúzia de anos formas milenárias de viver. Mas, se o movimento é qualitativamente o mesmo, quantitativamente assume no Brasil contornos que lhe dão um dramatismo particular.

11. O canteiro de obras aberto com o marco civil não se limita ao Direito da Internet em si. Mexe também com outros ramos do Direito. Limitamo-nos a referir dois.

I – Direito do Consumidor

O art. 7.XII contém uma referência ao consumidor: coloca entre os direitos do usuário a “aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet”.

É muito pouco, e até em si criticável.

As normas de proteção e defesa do consumidor constam essencialmente do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Este é de 1990. Não obstante a sua extraordinária relevância, estava muito longe dos seus objetivos regular a utilização da Internet.

E é considerando esse fato que a remissão é criticável. Porque o problema a vencer não é o da aplicação das normas existentes: é o do estabelecimento de normas que regulem aquelas utilizações. Como observámos logo de início, o consumidor brasileiro está desarmado num domínio tão traiçoeiro como o do comércio eletrônico; em que, particularmente no âmbito internacional, não possui sequer uma lei a que possa recorrer perante os muitos alçapões que o ameaçam²³.

23 Nós próprios o acentuámos no domínio do comércio eletrônico, em que empresas e consumidores brasileiros (ou domiciliados no Brasil) estão desarmados perante as muitas anomalias que era necessário afrontar e sofrer, como dissemos acima.



É pois urgente ultrapassar a fase de indecisão que se prolonga, com projetos quase vintenários acumulando-se em vão no Congresso, mas sem que nenhuma solução esteja à vista.

II – Direito Autoral

Isto dá-nos a ponte para outro ramo do Direito sobre o qual o Marco Civil se repercute: o Direito Autoral.

A referência a obras literárias ou artísticas também releva na tutela do consumidor. Mas não se têm tirado as consequências devidas desta realidade.

Que dispõe o Marco Civil? Só refere o Direito Autoral epidermicamente e um pouco de esguelha: a propósito da responsabilidade do provedor.

Assim, o art. 31 prevê que a responsabilidade do provedor por danos decorrentes de infração a direitos de autor ou direitos conexos praticada por terceiros continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente.

Obviamente, não é um objetivo do Marco Civil regular os direitos autorais. E quando os refere, fá-lo por reflexo da responsabilidade do provedor e mais – por remissão para o art. 19 § 2.º, que dispõe que a responsabilidade do provedor por infrações a direitos autorais cometidas em rede depende de legislação específica a emitir. Até lá, continuará a ser aplicada a legislação autoral vigente.

Deixa-se assim a descoberto um setor importante. A legislação vigente em matéria de Direito Autoral, no que respeita à Internet, é no Brasil incipiente. É esta a consequência de uma lei feita para o ambiente “terrestre” ser chamada a reger a realidade do ciberespaço, e ainda por cima só por referência à vertente relativa à responsabilidade do provedor.

A matéria tem extrema delicadeza. É necessário haver disciplina de direitos autorais, pois não tem justificação que a vida cultural se baseie na cópia ou na banalidade: só onde houver um mínimo de criatividade se justifica a restrição grande da liberdade geral consistente na outorga do exclusivo autoral. Por outro lado, a disciplina do Direito Autoral tem de alcançar o equilíbrio que proteja o criador mas garanta ao mesmo tempo o espaço de liberdade necessário à vida coletiva. Esta é ameaçada pela voracidade daqueles que se intitulam representantes dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes e outros titulares de direitos conexos, mas que tendem a ser sobretudo sensíveis a interesses empresariais. O marco civil manifesta consciência desta problemática, uma vez que no art. 19 § 2.º, ao remeter em abstrato para “previsão legal específica”, acrescenta que esta “deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5.º da Constituição Federal”.

Eis pois aberto outro grande canteiro de obras. Que exige muita determinação e mesmo coragem na defesa dos princípios; aliada, ao mesmo tempo, a muita finura no delinear do equilíbrio indispensável. Neste sentido, o reequilíbrio a que a União



Europeia vai chegando, após uma fase em que tudo tendia unilateralmente ao aumento incessante da proteção, pode representar uma base de reflexão importante ²⁴.

12. A Lei n.º 12965 data, dissemo-lo, de 23.IV.14. Ao tempo em que escrevemos, passou mais de ano e meio após a aprovação.

Que se passou e qual o ambiente criado, durante este período? É muito importante considerá-lo, porque uma lei principiológica só ganha total eficácia através de fontes complementares que a concretizem. Por outro lado, há que atender à receção que lhe foi dada, porque da receptividade havida depende em grande parte a prossecução e efeito das diretrizes traçadas.

Além disso, uma vez que houve matérias que foram excluídas do Projeto, não por discordância mas, pragmaticamente, para dar maiores probabilidades à aprovação daquele, poderia esperar-se que essas matérias fossem subsequentemente tratadas em primeiro lugar.

No que respeita à produção legislativa gerada, nada aconteceu ainda, a nosso conhecimento ²⁵. É possível que fosse consequência do trabalho que absorveu o Senado longamente, que terá levado o legislativo a ocupar-se de seguida com trabalhos de outras ordens; ou será fruto de um legislativo complexo, pouco propício à rapidez de resultados.

Extra Congresso, prosseguiu o debate de matérias singulares, sobretudo a neutralidade de rede, em que os contendores já identificados tentam interpretar a lei no sentido dos próprios interesses, influenciando a opinião pública com os seus pronunciamentos.

E o público que conhece estas matérias, como reage?

Tive a oportunidade de visitar o Brasil recentemente e falar (sobretudo para ouvir) a um público de juristas qualificados.

Pela reação dos presentes, verifiquei que não põem a lei em causa, antes, que a aceitam com normalidade. A descontinuidade legislativa não é motivo para preocupações: parece-lhes normal. A atenção volta-se mais para a prossecução do debate interno sobre os pontos mais concretos versados na lei, particularmente os

24 Foi um pilar a Comunicação sobre “Creative Content Online” da Comissão Europeia, de 3.I.08. Também tem sido importante o papel moderador do Tribunal Europeu. Por exemplo, no Proc. SABAM/NETLOG, caso C-360/10, o Tribunal pronunciou em 16.II.12 acórdão em que decidiu que o titular de uma rede social não pode ser obrigado a instalar um sistema geral de filtragem sobre as mensagens de todos os usuários, para impedir a utilização não autorizada de obras musicais e audiovisuais. Veja-se também no nosso *Questões Críticas do Direito da Internet* (versão digital), in *Inclusão Tecnológica e Direito à Cultura – Movimentos Rumo à Sociedade Democrática do Conhecimento* (organizadores Marcos Wachowicz / Carol Proner), Fundação Boiteux (Florianópolis), 2012, 39-68, no n.º 8, o que escrevemos sobre a Iniciativa Europeia das Bibliotecas Digitais.

25 Sendo que este conhecimento da realidade brasileira para quem está de fora não é fácil.



referidos, da neutralidade da rede e da reserva de dados pessoais. É pois de supor que as mentalidades estejam dirigidas para o debate de questões particulares emanadas do projeto, mais do que à abordagem decidida de outras questões omissas, sobretudo o comércio eletrônico.

Assim, podemos concluir que não há oposição de base à abordagem legislativa das questões particulares abertas pelo Marco Civil, mas que o coroar dos trabalhos neste sentido não está para já ²⁶.

ABSTRACT

Brazilian Law No. 12965/14, known as the Marco Civil of Internet, has institutionalized the general rules on Internet in Brazil. Its adoption faced difficulties because of the clash between divergent interests, particularly in the area of net neutrality. At long last, a special committee of the Senate imposed its own draft law and dropped all the others. It is a set of general principles that opens the door to sectoral legislation that is urgent, as is the case of e-commerce. But it already contains in some points specific rules such as the neutrality of the internet and the personal data protection.

²⁶ E verifica-se ainda outra tendência surpreendente: apesar de o Marco Civil ser uma lei de princípios, que prevê a própria legislação complementar, está sendo interpretada ousadamente, como se contivesse já a disciplina definitiva de matérias como o comércio eletrônico. Por mais que a prática o reclame, a base de semelhantes entendimentos é muito frágil.