

Marco civil ou demarcação
de direitos? Democracia,
razoabilidade e as fendas na
internet do Brasil*

Civil Rights Framework or
demarcation of rights?
Democracy, reasonableness and
the cracks on the Brazilian internet

*Marcelo Thompson***

RESUMO

O chamado “Marco Civil da Internet no Brasil” (Projeto de Lei nº 2.126 de 2011) estabelecerá, para a internet brasileira, um regime de tutela da liberdade de expressão fundado na dinâmica da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América — conferindo à liberdade de expressão proteção superior àquela conferida a outros direitos da personalidade. O presente artigo discute as situações de colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos da personalidade, em particular o direito à honra, como um paradigma do pensar constitucional do Marco Civil. Em o fazendo, o artigo questiona a adequação do Marco Civil à jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre liberdade de expressão

* Artigo recebido em 30 de maio de 2012 e aceito em 20 de julho de 2012.

** Professor pesquisador assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Hong Kong; doutorando em filosofia no Oxford Internet Institute, Universidade de Oxford; master of laws pela Universidade de Ottawa.

e compara a dinâmica de responsabilidade civil que o Marco Civil estabelece com aquela em vigor na União Europeia, em geral, e no Reino Unido, em particular (por questões que o artigo identifica). Colisões entre a liberdade de expressão e o direito à honra são, em geral, “*hard cases*”, de forma que o foco particular aqui dedicado a elas apresenta potencial de generalização. O artigo argumenta que o Marco Civil, ao veladamente separar direitos da personalidade em grupos distintos, e ao, na prática, neutralizar direitos como honra, vida privada e direitos da criança e do adolescente, cria demarcações irrazoáveis e incompatíveis com as possibilidades democráticas do mundo contemporâneo. O artigo aponta uma solução concreta para o problema.

PALAVRAS-CHAVE

Marco Civil da internet no Brasil — liberdade de expressão — razoabilidade — democracia — União Europeia — Reino Unido

ABSTRACT

The so-called ‘Civil Rights Framework for the Internet in Brazil’ (Bill n. 2.126/2011) lays down, for the Brazilian Internet, a regime of protection of freedom of expression that is founded on the dynamics of the First Amendment to the United States’ Constitution. It places freedom of expression in a position of superiority with regard to other personality rights. This article discusses the situations of collision between freedom of expression and other personality rights, in particular the right to reputation, as a paradigm of the constitutional thinking behind the Civil Framework. In doing so, the article questions whether the Civil Framework is compatible with recent decisions of the Brazilian Supreme Court on freedom of expression, and it compares the dynamics of civil liability established by the Civil Framework with that in force in the European Union, in general, and the United Kingdom, in particular (for reasons the article identifies). Collisions between freedom of expression and the right to reputation are, in general, “*hard cases*”, and thus a particular focus on them is a good candidate for generalization. This article claims that the Civil Framework, in implicitly separating personality rights in distinct groups, and, in fact, in neutralizing rights such as reputation, private life and children’s rights, creates unreasonable demarcations which are also incompatible with the democratic possibilities of contemporary societies. The article suggests a concrete solution to such a problem.

KEY-WORDS

Civil Rights Framework for the Internet in Brazil — freedom of expression — reasonableness — democracy — European Union — United Kingdom

1. Internet, democracia e Constituição

Está em deliberação na Câmara dos Deputados o chamado “Marco Civil da Internet no Brasil” (Projeto de Lei nº 2.126, de 2011). O Marco Civil é um projeto de lei que estabelecerá direitos e deveres relativos ao uso da internet no Brasil. É uma iniciativa bem-intencionada em sua proposição, inspiradora em muitos dos fundamentos que reconhece para a internet no Brasil e, sobretudo, inovadora na utilização de uma vasta plataforma de deliberação coletiva para a construção de seu texto final. Sobretudo quanto às suas aspirações de garantir o que entende serem direitos do cidadão brasileiro, pode-se dizer que o Marco Civil é uma carta fundamental, uma Constituição, mesmo, para a internet brasileira.

Essa Constituição chega em um momento de grande maturidade para a democracia brasileira, em que o país, havendo repellido uma lei de imprensa das mais sombrias origens, encontra-se a trilhar caminhos mais balanceados na ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos e garantias fundamentais. A questão que se apresenta agora é como fazê-lo no ambiente da internet. Como estruturar os compromissos normativos e tecnológicos que compõem a internet no Brasil para que ela seja, ainda que um instrumento de destruição criativa, também um espaço de preservação de certos valores essenciais não somente à sua natureza, como meio, mas à nossa dignidade, como fim.

É comum ainda hoje ver a internet como um espaço de liberdade absoluta, irrestrita. Mas essa não é uma visão desejável ou possível.¹ E certamente,

¹ “Agora esse sonho de liberdade absoluta é impossível; e nós vimos que a razão fundamental é a seguinte, que a liberdade absoluta não reconhece uma realidade significativa independente fora de sua própria vontade, e então é fadada à autodestruição”. TAYLOR, Charles. *Hegel*. Cambridge: Cambridge University Press, 1975. p. 185 (tradução livre). Para Hegel, o que é bem demonstrado em sua famosa dialética do senhor e do escravo, a própria existência de nossa personalidade depende do reconhecimento da personalidade alheia — e de que esta, por sua vez, nos reconheça. Enquanto o escravo não é pessoa, o senhor também não será. Sobre as profundas lições que a ideia hegeliana de reconhecimento pode nos trazer sobre os direitos humanos, ver DOUZINAS, Costas. Identity, recognition, rights or what can Hegel teach us about human rights. *Journal of Law and Society*, Reino Unido, v. 29, n. 3, 2002. Discuto brevemente o artigo de Douzinas em THOMPSON, Marcelo. The neutralization of harmony: the problem of technological neutrality,

a imperar a lógica, não é uma visão necessária. As configurações da internet, como ensina a doutrina, são plásticas,² maleáveis. Não comportam, portanto, somente o grito libertário que não conhece limites. Não demandam a neutralização de tudo que se ponha no caminho de usuários de liberdade infinita. A internet será a imagem precisa das sociedades que quisermos ser. Remove, sim, ditadores, e deve fazê-lo. Mas não pode, no caminho da democracia, extinguir-lhe a razão de ser — o igual valor,³ a dignidade de cada um dos integrantes do povo.

É claro que a efetivação desse fim — posto como princípio — da democracia se apresenta como um processo de construção gradativa, mas um processo que os justos caminhos do tempo nos compelem a trilhar. Como no poema *Eros e Psique*, de Fernando Pessoa,⁴ há uma relação de identidade diferida entre o povo e a democracia como um ideal a ser permanentemente buscado. Nessa relação então ao mesmo tempo de identidade e de alteridade entre povo e democracia

Cada um cumpre o Destino —
Ela dormindo encantada,
Ele buscando-a sem tino
Pelo processo divino
Que faz existir a estrada.

A construção da internet no Brasil faz parte desse processo divino de existência de nossos caminhos comuns, do progressivo acordar de nossas

East and West. *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Boston, v. 18, n. 2, spring 2012. No prelo. Exceto quando de outra forma indicado, todos os trechos vertidos para o português no presente artigo o foram, de forma livre, por mim.

² Ver LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace*, version 2.0. Nova York: Basic Books, 2006. p. 32, para uma discussão simplificada (conquanto uma análise mais rigorosa nos direcionaria para a vasta literatura sobre a moldagem social das tecnologias).

³ “O bem de cada membro [do *demós*] tem direito a igual consideração. Essa é uma aplicação bastante direta a todos os membros da Ideia de Igualdade Intrínseca descrita no último capítulo. (...) Se todos os membros [do *demós*] forem julgados igualmente qualificados, no sentido completo, e se as outras condições postas anteriormente forem consideradas como existentes entre eles, então os procedimentos de acordo com os quais essas pessoas, esses cidadãos, tomam decisões que os obrigam devem ser avaliados de acordo com os (...) critérios [que definem um completo processo democrático]”. DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989. p. 108, 114. A definição das fronteiras do *demós* é, porém, um dos maiores problemas da teoria democrática. Há que se atentar para como diferentes sociedades definem essas fronteiras, sobre como a ideia de democracia é ao mesmo tempo idealmente ilimitada e contextualmente relativa — um ponto ao qual tornamos na parte 2 e na conclusão.

⁴ PESSOA, Fernando, *Obra poética*. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1976. p. 181.

instituições democráticas — e de descoberta de nós mesmos.⁵ Daí a natureza mais profundamente constitutiva — constituição não em sentido formal ou material, mas espiritual, mesmo, da massa etérea de nossos desígnios — das regras que vierem reger esse processo.

É de se ver então que tipo de constituição é o Marco Civil da Internet no Brasil. Ele reconhece e promove o igual valor, a dignidade de todos os membros do povo ou privilegia interesses que são mais caros a alguns, ou mesmo a muitos em completa anulação de minorias? Ele faz da internet no Brasil um caminho comum de descoberta de nossas instituições democráticas e, como no poema de Pessoa, de autodescoberta de todos que se põem a trilhá-lo?

Responderemos essas perguntas nas partes 2 e 3 (tornando à segunda na conclusão). O que se apontará aqui é que, em que pese suas mais louváveis intenções e seus diversos aspectos profundamente positivos, o Marco Civil apresenta problemas centrais que ameaçam solapar tudo aquilo que inicialmente se tenha tentado atingir. O caso da atriz Carolina Dieckmann, cuja nudez foi surrupiada e vastamente difundida internet afora, de forma tão sabida que mesmo dispensa quaisquer descrições, bem aponta a dimensão e a natureza dos problemas que enfrentamos. Em si só considerado, ele parece um episódio prosaico. Mas a nudez que nós vimos esconde a que não vimos.

Havendo identificado que tipo de constituição é o Marco Civil, passaremos a confrontar suas normas centrais com aquelas que animam outros sistemas jurídicos, o que faremos da parte 4 em diante, utilizando as decisões da Alta Corte da Inglaterra e do País de Gales como um estudo de caso, à luz de sua inserção no regime comunitário europeu e de decisão recente do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Este artigo toma as regras de responsabilidade civil do Marco Civil como suas normas centrais, pois, de um lado, elas são a caixa de Pandora de onde seus males mais profundos exsurtem e, de outro, elas dão aplicação concreta aos princípios fundamentais do projeto de lei — consistindo, portanto, em paradigma da aplicação dos mesmos e de seu pensar constitucional.⁶

⁵ “E, inda tonto do que houvera, / À cabeça, em maresia, / Ergue a mão, e encontra hera, / E vê que ele mesmo era / A Princesa que dormia”. Pessoa, *Obra poética*, op. cit., p. 181.

⁶ Artigo diverso deste autor já cuidou de problema igualmente sério, para os quais as notas abaixo são também relevantes. Ver THOMPSON, Marcelo. Razoabilidade na rede: além da neutralidade. *Observatório da Imprensa*, São Paulo, n. 693, 8 maio 2012. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed693_razoabilidade_na_rede__alem_da_neutralidade>. Acesso em: 28 maio 2012.

Começemos, portanto, com uma nota sobre o contexto constitucional do Marco Civil e sobre os problemas em conciliá-lo com o contexto constitucional do Brasil contemporâneo. Ambos, como veremos, são bastante distintos.

2. Excepcionalismo americano e hierarquia de direitos

Como constituições devem fazer, o Marco Civil dá grande importância à liberdade de expressão do usuário da internet, o que é obviamente muito saudável. Menos saudável, porém, é o fato de que o Marco Civil confere à liberdade de expressão notável prioridade sobre outros direitos fundamentais — por exemplo, sobre o direito à privacidade e sobre o direito à honra. O último, aliás, a despeito de seus significativos efeitos civis, somente é mencionado em dispositivos esparsos do Marco Civil,⁷ onde não se apresenta potencial de confronto significativo com a liberdade de expressão.

Essa hierarquia de direitos, cujos contornos explicaremos em detalhes na parte 3, lembra em muito a dinâmica constitucional dos Estados Unidos da América.⁸ Lá, a interpretação corrente da Primeira Emenda à Constituição (adotada em casos como *NY Times v. Sullivan*⁹ e nas imunidades do Communications Decency Act, aplicadas em *Zeran v. AOL*¹⁰) justifica grande deferência à liberdade de expressão em assuntos envolvendo a vida privada e a reputação. Tal dinâmica, porém, é única no mundo. Muitos imaginam que ela está escrita na arquitetura da internet e que reflete valores universais.

Como lembram Goldsmith e Wu, porém, “a Primeira Emenda [à Constituição dos EUA] não reflete valores universais; pelo contrário, nenhuma outra nação

⁷ BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.126, de 24 de agosto de 2011*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil [Marco Civil da Internet no Brasil ou, simplesmente, Marco Civil]. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Acesso em: 28 maio 2012. arts. 10 e 18.

⁸ Em artigo publicado no volume inaugural da *Revista de Direito das Comunicações*, os professores Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira de Souza e Sergio Branco, coautores do anteprojeto, expõem com clareza inequívoca as raízes norte-americanas (dos Estados Unidos da América, aliás, porquanto no Canadá a disciplina é diversa) do mesmo. LEMOS, Ronaldo; PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso; BRANCO, Sergio. Responsabilidade civil na internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 80-98, jan./jun. 2010.

⁹ EUA. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). 9 mar. 1964.

¹⁰ EUA. Court of Appeals for the Fourth Circuit. *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), cert. denied, 524 U.S. 937 (1998). 12 nov. 1997.

abraça esses valores, e eles certamente não estão escritos na arquitetura da Internet”¹¹ (grifos adicionados).

Sobretudo, há de se ver que a prevalência da liberdade de expressão sobre outros direitos está muito distante da realidade constitucional brasileira, onde todos os direitos devem ser ponderados em igualdade de condições pelo legislador.

Tal assunto veio à tona no julgamento recente de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130¹² pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que considerou a lei de imprensa incompatível com o regime constitucional da liberdade de expressão e da comunicação social. Poeticamente enamorado da Constituição dos EUA, com a qual inaugurou seu voto, o ministro Ayres Britto, relator do processo, entendeu que os direitos do bloco da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa gozam de prioridade sobre os do bloco da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Por causa disso, em sua opinião, só *a posteriori* se poderia conhecer de violações a esses últimos, e tão somente por meio de indenizações, não podendo a lei estabelecer limitações constitutivas, senão meramente periféricas, aos direitos do primeiro bloco.

A prevalecer o entendimento do ministro Ayres Britto, a tutela inibitória de violações aos direitos do segundo bloco restaria impossibilitada¹³ — assim como, o que aqui é mais relevante, a promoção de mecanismos arquiteturais e normativos na internet que de qualquer forma promovam um balanceamento entre ambos os grupos de direitos. Pois, veja-se, a expressão é da natureza mesma do exercício da personalidade na internet. Se não se pode regular a expressão, nenhuma regulação de conduta na internet é possível.

E nem a internet como a conhecemos, aliás, seria possível, porquanto ela se compõe de espaços de diversas naturezas,¹⁴ onde se confere contornos distintos à expressão e, assim, a toda ação humana que nela tem lugar. A internet diversamente estabelecida por um marco jurídico seria um espaço completamente

¹¹ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 157.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei de Imprensa. Adequação da Ação. ADPF n. 130. Relator: ministro Ayres Britto. 30 abr. 2009. *DJe*, Brasília, v. 208, 6 nov. 2009. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 28 maio 2011 [ADPF 130].

¹³ Como registrou o ministro Joaquim Barbosa, para o ministro Ayres Britto “até mesmo a intervenção do Poder Judiciário seria vista como suspeita”. *Ibidem*, p. 109.

¹⁴ “O ciberespaço não é um único espaço. Ele é muitos espaços. E as características desses muitos espaços diferem de formas que são fundamentais.” Lessig, *Code*, op. cit., p. 84.

aberto. Sem paredes, portas, sem cadeados, mas também sem expectativas de privacidade, sem espaços recônditos para as nossas diferenças, sem sanções sociais legítima e razoavelmente organizadas para as nossas faltas. Um espaço imediado, de confronto direto e permanente entre o bom, o ruim e o perverso. Sem granularidade expressiva. Sem civilidade. Sem liberdade, portanto.

Não é este, aliás, nem mesmo o contorno da internet nos EUA, onde atualmente se discute a aprovação de regras de proteção de dados pessoais introduzidas pelo governo Obama.¹⁵ Estas, como sói nas leis de proteção de dados pessoais, são regras procedimentais e estabelecem estruturas jurídicas prévias, mecanismos de controle, legítimo e razoável, da liberdade de expressão. A proceder o voto do ministro Ayres Britto, iniciativas como essa no Brasil seriam de todo impossíveis — e, portanto, impossível seria a vigência constitucional da própria Lei de Proteção de Dados Pessoais que deve ser em breve enviada pela Casa Civil ao Congresso Nacional.¹⁶

Felizmente, em que pesem a sensibilidade linguística e as intenções como sempre mais elevadas do ministro Ayres Britto, a quase totalidade dos demais ministros do Pleno do STF entendeu em sentido diverso de seu voto. Em lugar da prioridade entre blocos de direitos, abraçaram o que largamente se conhece como o processo de ponderação entre direitos fundamentais — um processo que soluciona a colisão entre direitos com base em critérios de proporcionalidade, sem atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Como registrou o ministro Direito, “a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana”.¹⁷

Em *The wealth of networks*, Yochai Benkler, então professor de Yale, explicou que devemos ponderar sobre os “efeitos que o Direito pode ter nas formas por que estrutura as relações entre pessoas em relação ao ambiente informacional que elas ocupam”.¹⁸ Benkler não afasta, ao contrário, recomenda, certa atuação do Estado sobre a estrutura do ambiente informacional — por

¹⁵ EUA. White House. *Consumer data privacy in a networked world: a framework for protecting privacy and promoting innovation in the global digital economy*. 23 fev. 2012. Disponível em: <www.whitehouse.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

¹⁶ HAJE, Lara; ARAÚJO, Newton. Anteprojeto de proteção de dados pessoais deverá chegar à Câmara em breve. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: <www2.camara.gov.br/agencia/noticias/CONSUMIDOR/414416-ANTE_PROJETO-DE-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-DEVERA-CHEGAR-A-CAMARA-EM-BREVE.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

¹⁷ Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, op. cit., p. 91.

¹⁸ BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 151.

aqueles efeitos dessa estrutura que repercutem sobre nossa autonomia. Mais do que repercussão, aliás — nas palavras de Benkler, “a estrutura do nosso ambiente informacional é constitutiva de nossa autonomia, não meramente funcionalmente significativa para esta”.¹⁹

No julgamento da ADPF 130, igualmente com base nos ensinamentos de um professor de Yale, Owen Fiss, o ministro Joaquim Barbosa registrou palavras importantes sobre esse papel estruturante do Estado em relação à nossa liberdade:

É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, con[s]cientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar.²⁰

Imagine-se a situação de total impotência e desamparo a que pode ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade, quando confrontado com a perseguição sistemática ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes.²¹

Não precisamos pensar tão somente em grupos hegemônicos, porém. Lembremo-nos da situação do que na China ambigualmente se chama de “mecanismos de busca de carne humana” (*human flesh search engine*)²² — um fenômeno largamente difundido, e não só na China, em que hordas multitudinárias na internet buscam, de forma completamente desproporcional, fazer “justiça” com as próprias mãos ou submeter alguém ao ridículo pelo simples prazer de fazê-lo. Ou pensemos em casos do que conhecemos por *cyberbullying*, casos que não raro culminam em suicídio, como o do adolescente

¹⁹ *Ibidem*, p. 146.

²⁰ Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, op. cit., p. 111.

²¹ Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, op. cit., p. 119.

²² CHEUNG, Anne SY. Rethinking public privacy in the internet era: a study of virtual persecution by the internet crowd. *The Journal of Media Law*, Oxford, v. 1, n. 2, p. 191-217, 2009; DOWNEY, Tom. China's cyberposse. *The New York Times*, New York, 3 mar. 2010. Disponível em: <www.nytimes.com/2010/03/07/magazine/07Human-t.html?page-wanted=all>. Acesso em: 28 maio 2012.

Tyler Clementi nos EUA. Deve-se esperar a tutela jurisdicional para prevenir a difusão continuada do ilícito?

Na ADPF 130, a ministra Ellen Gracie notou que as ideias do ministro Ayres Britto de “calibração temporal ou cronológica” — *i.e.*, de submeter os direitos que conflitam com a liberdade de expressão a um “estado de momentânea paralisia” — representariam “a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros”.²³ (grifos adicionados).

E trouxe metáfora de todo útil ao assunto que ora se passará a discutir — a de que “a busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada” corresponde ao “esforço (...) de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício”.²⁴

É o soprar dessas plumas pelos ares inóspitos da ilicitude — ares que vão aos poucos minando as garantias trazidas por nossas instituições democráticas — o que o Marco Civil inadvertidamente promove. E o faz sob o fundamento de tutelar a liberdade de expressão — mesmo quando, como lembrou o ministro Celso de Mello na ADPF 130, “o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil”.²⁵

Há de se cuidar que o Marco Civil da Internet no Brasil não seja, em verdade, um instrumento de demarcação, de criação de fendas no solo de nossas instituições democráticas, relegando a direitos supostamente mais elevados as áreas frondosas — e aos demais as penhas odiosas — do ciberespaço.

3. A neutralização dos direitos

Mas por que dizer que o Marco Civil prioriza a liberdade de expressão sobre outros direitos? Porque, para promovê-la, o Marco Civil busca neutralizar qualquer papel que os intermediários, os guardiões dos portais por onde o conhecimento — mas também ignorâncias e mazelas de toda sorte — circulam na internet, possam desempenhar na preservação de direitos. A premissa fundamental é a de que os intermediários — como o Youtube e o Facebook — não

²³ Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, op. cit., p. 128.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 159.

devem ter qualquer dever de guardar a razoabilidade e a responsabilidade jurídicas de seus próprios usuários, pois isso violaria a liberdade de expressão.

Em outras palavras, mesmo quando o Youtube e o Facebook *saibam* que hospedam conteúdo que viola a vida privada e a reputação das pessoas — isto é, mesmo quando alguém tanto já lhes tenha dito expressamente e demonstrado de maneira robusta —, eles não têm *qualquer* responsabilidade de examinar a natureza do conteúdo e lhe dar atenção compatível com a seriedade dos direitos cuja proteção se busca.

O Marco Civil, em dispositivo redigido por Marcel Leonardi, professor da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e, atualmente, diretor de Políticas Públicas do Google Brasil,²⁶ diz que “a responsabilidade dos provedores de aplicações (como o Google, em diversos de seus sites) só existe quando estes descumprirem ordem judicial; nunca antes”.²⁷ Mas entre achar um advogado, negociar seus honorários, descobrir quem de fato é o provedor e onde está

²⁶ Ver o primeiro comentário ao art. 20, no seguinte endereço: <<http://culturadigital.br/marcocivil/debate>>. Registre-se que Marcel Leonardi, de parte ter sido um *Google Policy Fellow* na Electronic Frontier Foundation, nos EUA, em 2009, não era ainda diretor ou, até onde me consta, tinha qualquer relação profissional com o Google no momento em que tal redação foi proposta, em abril de 2010. Marcel tornou-se diretor do Google somente em abril de 2011. O artigo não faz qualquer juízo de valor sobre essa relação e nem refuta o fato notório de que Marcel é um acadêmico extraordinário.

²⁷ “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”. Brasil, *Projeto de Lei n. 2.126, de 24 de agosto de 2011*, op. cit. Nos dias anteriores à apresentação do Relatório Final do relator do Marco Civil na Câmara dos Deputados, deputado Alessandro Molon, pequena modificação na redação foi implementada, especificando que a responsabilidade de que cuida o Marco Civil é tão somente de natureza civil (*i.e.*, o projeto dispõe que “o provedor (...) somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos (...) se”). Essa alteração apresenta problemas específicos que debati em nota a respeito (THOMPSON, Marcelo. Privacidade e direitos autorais no Marco Civil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 jul. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jul-12/responsabilidade-privacidade-direitos-autorais-marco-civil>.). Em síntese, o resultado será o de que, quando o direito respectivo estiver amparado por uma provisão penal, o provedor tenderá a remover o conteúdo, pois o Marco Civil não lhe confere nenhuma isenção de responsabilidade criminal. Mas para os casos meramente amparados pelo direito civil, onde não houver crime, como homofobia, violação de privacidade, violação da imagem, violação de direitos da criança e do adolescente (salvo em casos de pedofilia), o provedor não terá qualquer responsabilidade específica que motive a retirada do conteúdo do ar. Dada a aparente incongruência da nova redação e de sua muito breve exposição ao debate público (de, ao todo, uma semana desde que o Pré-Relatório foi apresentado para comentários pelo público até a apresentação do Relatório Final, em contraste com os dois anos de debate do que hoje é a redação do art. 15 que foi adotada), não está claro se a nova redação será mantida, de forma que o presente artigo não a adotará como ponto de partida. De toda sorte, ainda que tal redação seja mantida, os principais argumentos e contribuições trazidos por este artigo permanecerão pertinentes e suas sugestões perdurarão, a apontar um caminho que, acredito, teria sido mais feliz e compatível tanto com as tradições constitucionais do Brasil contemporâneo quanto com as lições que nos traz o direito comparado.

estabelecido, ter uma petição redigida, ajuizada, obter uma ordem judicial, enviar uma carta precatória para São Paulo ou uma carta rogatória para Londres para fazer cumprir a ordem, notificar o réu e este, dentro de período razoável, tornar o conteúdo indisponível, o conteúdo já foi reproduzido por um, por outro, por centenas de sites na internet. Uma nova ordem deve ser obtida contra cada um e, até lá, todo o mundo já viu a nudez de Carolina.

No caso da Carolina Dieckmann, em verdade, o provedor de serviços onde as fotos foram originalmente disponibilizadas cooperou. Mas uma breve busca no Google revela que as fotos estão ainda largamente acessíveis na internet. Imagine casos em que o provedor de serviços não coopera. Imagine, aliás, casos em que nenhum provedor, mesmo notificado pela vítima, coopera, pois todos sabem que somente estarão obrigados a tanto após uma ordem judicial.

Além do problema puro e simples das vítimas e da erosão das garantias de nossas instituições democráticas — que, em si, já são problemas monumentais —, teríamos ainda problema não menos expressivo no âmbito de nossas relações internacionais. O Brasil seria o paraíso da hospedagem de conteúdo ilícito — as Cayman Islands da indignidade — e da neutralização dos direitos de cidadãos de outros países quanto aos danos ocorridos no Brasil.

No caso de Carolina, que o mecanismo de busca não seja responsabilizado por monitorar todo o conteúdo da internet é algo que faz inteiro sentido e está de acordo com a jurisprudência internacional, que discuto abaixo. Na irresponsabilidade dos demais provedores de serviço, porém, o mecanismo de busca se transforma em uma lupa celestial, por onde os detalhes mais privados são expostos para a eternidade, sem qualquer possibilidade real de defesa.

O que o Marco Civil traz, portanto, é um instrumento que promove a conduta irrazoável e irresponsável de provedores de serviços na internet. Isto porque, mesmo provedores de serviços que ajam com negligência — ou até mesmo com malícia — na manutenção de conteúdo de cuja existência têm ciência, não poderão ser de qualquer forma responsabilizados, senão pelo descumprimento de ordem judicial extemporânea e, muitas vezes, jurisdicionalmente distante.

O Marco Civil, assim, promove também um amplo desincentivo ao desenvolvimento de boas práticas, de direito e de fato. Provedores que *direccionam (target)*²⁸ seus serviços ao mercado brasileiro, por exemplo, não têm

²⁸ GEIST, Michael, The shift toward “targeting” for internet jurisdiction. In: TIERER, Adam D. (Ed.). *Who rules the net?: Internet governance and jurisdiction*. Washington: Cato Institute, 2003. p. 91-118.

qualquer responsabilidade de fazê-lo de acordo com as leis que protegem os cidadãos brasileiros.

O Marco Civil, em outras palavras, transforma a defesa da vida privada e da honra dos cidadãos brasileiros — sem mencionar os direitos da criança e do adolescente em casos que não envolvam pornografia²⁹ — em meros assuntos de responsabilidade social corporativa.

Em que pese a admiração mais profunda que nutro pelos autores do anteprojeto de lei, devo registrar que a dinâmica de irresponsabilidade civil por este trazida reflete uma solução desproporcional, irrazoável, e, além de tudo, simplista — sobretudo quando se considera a realidade de outros ordenamentos jurídicos.

4. Intermediários e conhecimento

Na Europa, a *Diretiva sobre o comércio eletrônico*,³⁰ que regula a responsabilidade dos intermediários da internet, estabelece que estes devem tomar medidas para tornar indisponível o acesso a *informação ilegal* quando tenham *conhecimento efetivo* de tal informação ou de fatos e circunstâncias que a evidenciem.

Embora haja variações em como diferentes países internalizam a diretiva, é interessante conhecer a posição do Reino Unido — não só pelas tradições liberais do Reino Unido (país que inventou, aliás, a própria ideia do liberalismo) ou pela vasta influência que exerce no mundo da Common Law, mas também pelo ambiente regulatório de grande liberdade de imprensa, que comporta mesmo a existência de tabloides sensacionalistas conhecidos mundo afora e, não obstante, pela atitude balanceada, proporcional que, pelo menos após a adoção de seu marco jurídico dos direitos humanos — o Human Rights Act 1998 —, as cortes britânicas vêm crescentemente abraçando em relação à proteção e ponderação de direitos fundamentais (em que pesem as críticas muito justas aos excessos britânicos na área da propriedade intelectual).

²⁹ Para casos envolvendo pornografia infantil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no § 2º do art. 241-A, estabelece mecanismo específico de remoção extrajudicial. BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (Directiva sobre o comércio eletrônico)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 28 maio 2012.

O Reino Unido implementou a diretiva por meio do “Regulamento do comércio eletrônico de 2002”.³¹ Este estipula, em seus arts. 6º e 22, que o intermediário na internet deve tornar disponível um canal para comunicação e que os tribunais, em apurando a responsabilidade do intermediário, devem levar em consideração todos os fatores relevantes, *inclusive se o provedor foi notificado pelo usuário*.

Ou seja, a partir do momento em que tenha conhecimento efetivo de conteúdo que viola, por exemplo, a vida privada ou a reputação, o intermediário, sob pena de responsabilidade, deve retirar o conteúdo do ar. Um dos fundamentos explícitos, reconhecidos pelas cortes para essa obrigação — por exemplo, no recente caso *Davison v. Habeeb & Ors.*,³² envolvendo o site Blogger.com, de titularidade do Google —. Foi o próprio princípio da proporcionalidade que, como se sabe, demanda a ponderação entre os direitos fundamentais no estabelecimento de restrições a um ou a outro.

Em *Davison*, decidido em novembro de 2011 — e que examinamos em mais detalhes na parte 5.B —, o Google buscou se isentar de responsabilidade pela manutenção de conteúdo alegadamente difamatório no ar pelo Blogger mesmo após notificação pela vítima. Alegou que a Alta Corte da Inglaterra e do País de Gales deveria adotar posição compatível com a liberdade de expressão. Ao que o juiz Parkes retorquiu:

Isto está, sem dúvidas, correto, embora ao mesmo tempo a corte tenha de levar em consideração outros direitos da Convenção [Europeia de Direitos Humanos] que podem conflitar com o Art. 10, incluindo, a Autora diria, seu direito de acesso à justiça sob o Art. 6 e seu alegado direito à reputação, sob o Art. 8, *nenhum dos quais assume precedência automática sobre o outro* (grifos adicionados).³³

É bem de se ver que as cortes tendem a reconhecer as dificuldades de os intermediários aferirem a ilegalidade de conteúdo que disponibilizam. Nem por isso excluem a obrigação de os provedores examinarem com diligência a

³¹ REINO UNIDO. *The electronic commerce (EC directive) regulations 2002*. 30 jul. 2002. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2013/contents/made>. Acesso em: 28 maio 2012.

³² REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division). *Davison v Habeeb & Ors.* [2011] EWHC 3031 (QB). 25 nov. 2011 [*Davison*]. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2011/3031.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

³³ *Ibidem*, par. 44.

notificação encaminhada pelo usuário e agirem com base nela. Exclusão em tal sentido, aliás, contrariaria o “Regulamento do comércio eletrônico”.

Em *Davison*, embora o juiz Parkes tenha incidentalmente reconhecido a responsabilidade do Google (pelo Blogger) nos termos do direito da difamação, o Google culminou por se isentar de responsabilidade com base no “Regulamento do comércio eletrônico”, porquanto, nos termos do mesmo, seria difícil determinar a natureza ilegal da informação. Registrou, porém, o juiz Parkes que

isto não [seria] dizer que uma conclusão diversa não poderia ter sido atingida com base em fatos diferentes, como quando (...) uma reclamação [haja sido] suficientemente precisa e bem substanciada,³⁴ e onde não [tenha havido] qualquer tentativa do autor do material difamatório de defender o que tenha sido escrito.³⁵

No recente caso *Tamiz v. Google*, julgado pela Alta Corte em março de 2012,³⁶ e também relativo ao site Blogger, o juiz Eady igualmente declinou a responsabilidade do Google nos termos do “Regulamento do comércio eletrônico”. De forma similar a Parkes, o fez, nesse aspecto, com base no argumento de que o Google não pode ser obrigado a aquiescer com protestos da suposta vítima tomando-os tão somente “por seu valor de face”. Disse que “é necessário mais, para que o provedor adquira um estado de conhecimento suficiente a privá-lo da proteção legal [que o ‘Regulamento do comércio eletrônico’ confere aos intermediários que não tenham conhecimento efetivo]”.³⁷

Tanto Parkes como Eady adotaram como um fundamento nesse aspecto a decisão do caso *L’Oréal v. eBay*, julgado em julho de 2011 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.³⁸ Naquele caso o Tribunal considerou, com razão, que

³⁴ Ver a dicção do julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *L’Oréal* (infra).

³⁵ Reino Unido, *Davison v. Habeeb & Ors.*, op. cit., par. 68.

³⁶ REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division). *Tamiz v. Google Inc Google UK Ltd* [2012] EWHC 449 (QB). 2 mar. 2012b. [*Tamiz*]. Disponível em: <www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2012/449.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

³⁷ *Ibidem*, par. 60.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice of the European Union. *L’Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others*. Reference for a preliminary ruling: High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division — United Kingdom. 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0324&lang1=en&type=NOT>>. Acesso em: 28 maio 2012.

notificações [pelas vítimas de atos ilícitos] não podem **automaticamente** excluir a isenção de responsabilidade do provedor [pela “Diretiva do comércio eletrônico”], tendo em vista que notificações de atividades alegadamente ilegais podem ao final ser insuficientemente precisas ou inadequadamente substanciadas (Ibid., par. 122).³⁹

De toda sorte, lembrou o Tribunal europeu, em razões adotadas por Eady, que:

tais notificações representam, como regra geral, **um fato que as cortes nacionais**⁴⁰ **devem levar em consideração** em determinando, à luz da informação transmitida pelo operador [no caso, o eBay], se este estava na verdade ciente dos fatos e circunstâncias com base nos quais um operador econômico diligente deveria ter identificado a ilegalidade.⁴¹

Note-se, quem disse isto não foi um tribunal de jurisdição limitada de qualquer país geopoliticamente exótico do velho continente — foi o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia. A ilusão de que o Brasil fará justiça por trair suas tradições constitucionais e inserir no marco regulatório de sua internet dispositivo a dar lições ao mundo livre é, no mínimo, pueril. Mas é, sobretudo, injusta para com as Carolinas do Brasil — as vítimas de atos ilícitos sobre cujos direitos, no fundo, aqueles que advogam a atual redação do Marco Civil acreditam que sua liberdade de expressão deve, *a priori*, prevalecer.

5. Difamação na Alta Corte

As regras da “Diretiva de comércio eletrônico” e as do Regulamento britânico são regras gerais, que, como as do Marco Civil, se aplicam a toda sorte de matérias — de privacidade a *copyright*, de marcas a difamação. É interessante, porém, considerar especificamente o problema da difamação, dada a pronunciada subjetividade da matéria (por força, inclusive, das várias defesas que aqui se fazem possíveis — comentário, comunicação responsável, justificação etc.). Casos envolvendo difamação, pode-se dizer, são *hard cases* e se

³⁹ Ibidem, par. 122.

⁴⁰ Note-se a forma plural. Não se referia o tribunal europeu apenas às cortes do Reino Unido.

⁴¹ União Europeia, *L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others*, op. cit., par. 122.

apresentam mesmo como um paradigma para pensar a responsabilidade dos intermediários em outros aspectos também.

Estamos, aliás, diante de um *duplo* paradigma, porquanto prosseguiremos com nossa análise à luz do direito britânico. É que o sistema britânico, como afirmado pelo próprio ministro Ayres Britto na ADPF, é o paradigma dos países livres quanto à autorregulação da mídia.⁴² O que implica ser também um paradigma a forma como o Reino Unido regula sua mídia, outrossim amplamente livre, em casos que estritamente excedam o escopo da autorregulação e demandem, portanto, alguma intervenção estatal.

A divergência entre os juízes Parkes e Eady é aqui fundamental para entender a questão da disciplina dos intermediários em assuntos envolvendo difamação no Reino Unido. Em *Davison* e em *Tamiz*, Parkes e Eady alcançaram caminhos mutuamente divergentes em relação a se, especificamente nas regras da *common law* relativas à difamação, os provedores de serviços de hospedagem na Internet (*hosts*) podem ser responsabilizados por conteúdo que hospedem. Dada a controvérsia entre essas decisões, o assunto deve, em algum momento próximo, ser objeto de apreciação pela Corte de Apelações.

Não obstante a divergência — ou até mesmo em função dela —, o estudo dos fundamentos desses casos nos permitirá agregar maior granularidade ao debate da questão da responsabilidade dos intermediários.

5.A “Publishers”: na Common Law e na “Lei da difamação”

A controvérsia entre Parkes e Eady se deve à dificuldade em se enquadrar os provedores de hospedagem na internet nos conceitos tradicionais das regras da difamação. Mais especificamente, a dificuldade é em decidir: (i) se os provedores de hospedagem são considerados *publishers* para os efeitos da *common law* da difamação (que, desde 1996, se encontra complementada pela “Lei da difamação” — Defamation Act 1996); e (ii) em sendo *publishers*, se podem se beneficiar das cláusulas de exclusão de responsabilidade a eles aplicáveis.

Há uma complicação aqui. A ideia de *publisher* na *common law* é mais abrangente do que a de *publisher* na “Lei da difamação”. *Publisher* na “Lei da difamação” é o *publisher* comercial — aquele cujo negócio consiste em publicar

⁴² Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, op. cit., p. 298.

material para o público, e que publica o material contendo a afirmação difamatória.

A “Lei da difamação” prescreve, em seu art. 1º, item (1), que, “em procedimentos de difamação, a pessoa tem uma defesa se demonstrar que: (a) não era o *publisher* da afirmação de que se reclama; (b) tomou cuidado razoável em relação à publicação; e (c) não sabia e não tinha razão para saber que o que fez contribui para a publicação de uma afirmação difamatória”.⁴³

A implicação da dicção legal, e de sua interpretação pelas cortes, é a de que alguém que de qualquer forma contribui para o processo de publicação — alguém que, embora não seja para ser considerado um *publisher* para os efeitos da “Lei da difamação”, ou seja, para os efeitos da *common law* (é a estes que o art. 1º, item (1) da “Lei da difamação” se refere) — tem de se cercar dos cuidados razoáveis e ignorar, ou não ter razões para saber, que contribui para a publicação da afirmação difamatória.

A responsabilidade do *publisher* da “Lei da difamação” é objetiva quanto ao ato de publicação — embora comporte defesas (e seja, portanto, subjetiva) quanto ao conteúdo do que se publica, como “comentário justo”, “comunicação responsável”, entre outras.

A responsabilidade dos demais agentes — *publishers* para o efeito da *common law* — é presumida quanto ao ato de publicação, mas comporta defesa quanto à culpabilidade de sua contribuição para o mesmo. Adotaram uma conduta razoavelmente cuidadosa? Sabiam que contribuía para a publicação de uma afirmação difamatória? Tinham razão para saber?

A primeira questão que se deve buscar responder, então, é se provedores de hospedagem como o Blogger são *publishers* para os efeitos da *common law* da difamação, cuja longínquas origens em muito antecedem o desenvolvimento da internet. No caso do “Regulamento do comércio eletrônico” essa questão não surge, pois suas regras, adotadas já em 2002, se dizem especificamente com cada um dos diferentes intermediários da internet, por atividades de *hosting* (art. 19), de *caching* (art. 18) de “*mere conduit*” (art. 17).

Discutimos na parte anterior as regras sobre *hosting* no “Regulamento do comércio eletrônico”. Aqui o que precisamos saber, em primeiro lugar, é se, na *common law* da difamação, o Google/Blogger — como *host* — é um *publisher*.

⁴³ REINO UNIDO. *Defamation Act 1996 (Chapter 31)*. An Act to amend the law of defamation and to amend the law of limitation with respect to actions for defamation or malicious falsehood. 4 jul. 1996. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/31/contents>. Acesso em: 28 maio 2012.

Em segundo lugar, devemos considerar os efeitos da notificação da vítima. Se o Google não era um *publisher* antes da notificação, a notificação o constitui em um *publisher* a partir do momento em que a recebe? Sendo o Google um *publisher*, pode-se dizer que a notificação fixa sua responsabilidade, caso não remova o conteúdo após seu recebimento, e impede o Google de adotar defesas como as da “Lei da difamação”?

Um terceiro ponto que se deve ainda indagar é o seguinte: mesmo que a notificação da vítima não constitua o Google em um *publisher*, pode-se dizer que estabelece sua responsabilidade por consentimento ou aquiescência em relação ao conteúdo que não remova?

5.B *Davison v. Habeeb & Ors.*

Em *Davison*, o juiz Parkes entendeu que “há (...) um caso plausível de que o [o Google] é o *publisher* do material de que se reclama, e de que, pelo menos após notificação [pela vítima], é responsável pela publicação do material”.⁴⁴ Vale dizer, após a notificação da vítima não pode o Google, como *host* em seu site Blogger, alegar que “tomou cuidado razoável em relação à publicação” e que “não sabia e não tinha razão para saber que o que fez contribui para a publicação de uma afirmação difamatória” (“Lei da difamação”, art. 1º (1)).

Davison foi um caso difícil. O site de notícias on-line Palestinian Telegraph e blogs coligados hospedavam matérias contendo alegações de fraude e corrupção envolvendo um grupo de pessoas públicas, imputando às mesmas, inclusive, a aquisição ilícita de armas nucleares. Entre essas pessoas estava a sra. Tara Andrea Davison, que alegava ser uma assessora do Comitê Especial para Indústria e Comércio em assuntos de inteligência. A ela foram atribuídas atividades de fraude, furto, entre outras.

Ocorre que a sra. Davison estava, de fato, sendo processada criminalmente e com os bens sequestrados por ordem judicial. O Google, após notificação pela sra. Davison, contatou os autores do material supostamente difamatório e eles insistiram na veracidade de seu conteúdo. Davison estava atuando em causa própria, o processo foi aparentemente mal instruído, com o juiz Parkes notando por escrito a extensão e confusão do material por ela juntado aos autos. É de se imaginar — e de se compadecer — com a situação do provedor de hospedagem diante de (provável) cenário semelhante.

⁴⁴ Reino Unido, *Davison v Habeeb & Ors.*, op. cit., par. 48.

Enfim, *Davison* foi um processo complicado e parece difícil que o juiz Parkes pudesse alcançar, como alcançou, o juízo de que se estava diante de um caso de difamação. Dizê-lo, porém, não invalida que outros casos possam ser mais patentes. Também não invalida que, dadas as consequências possíveis de seus atos e a seriedade dos bens jurídicos com que lida, o provedor de serviços de hospedagem tenha, sim, uma vez notificado, o dever de envidar seus melhores esforços na apuração da natureza do conteúdo que hospeda e, se for o caso, de remover o conteúdo.

Como dito, porém, o juiz Parkes foi além e, com base no direito da difamação, entendeu ser o Google responsável pela difamação em si, por não haver removido o conteúdo uma vez notificado.

A decisão se baseou, entre outros, no caso clássico sobre responsabilidade de intermediários no Reino Unido, decidido pela Alta Corte em 2001 — o caso *Godfrey v. Demon Internet*.⁴⁵ *Godfrey* envolveu um *newsgroup* do Usenet, um grupo globalmente distribuído de discussões na internet, hospedado em servidor do provedor Demon. O juiz Morland, no caso, entendeu que Demon era *publisher* do material difamatório que hospedava, porquanto escolheu hospedá-lo e transmiti-lo mesmo após notificação, quando tinha, tecnicamente, poderes de removê-lo se assim escolhesse. Demon estaria, assim, escolhendo publicar o conteúdo a cada vez que o transmitisse para um usuário que acesse o *newsgroup*.

Davison citou também *Emmes v. Pottle*, decidido pela Corte de Apelações — a mesma que solucionará a controvérsia entre Eady e Parkes — em 1886.⁴⁶ Naquele caso, a corte entendeu que um negócio que meramente *vende* jornais — um jornaleiro — é, em princípio, responsável pelo material difamatório contido no jornal, mas não pode ser responsabilizado se comprovar que não sabia que o jornal continha o conteúdo difamatório, que sua ignorância não se devia a qualquer negligência de sua parte, e que ele não sabia ou tinha razões para saber que era provável que o jornal contivesse conteúdo difamatório. No caso, os jurados entenderam, com base nessas defesas, que o jornaleiro era um disseminador inocente do conteúdo — conceito hoje contemplado pelas defesas da “Lei da difamação”, mencionadas acima e aplicadas no caso *Godfrey v. Demon Internet*, com conclusão diversa, em função da notificação de Demon.

⁴⁵ REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen’s Bench Division). *Godfrey v. Demon Internet Limited* [1999] EWHC QB 244. 26 mar. 1999a [*Godfrey*]. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1999/244.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁴⁶ REINO UNIDO. Court of Appeals of England and Wales. *Emmens v. Pottle* [1886] LR 16 QBD 354. 1886.

Outro caso muito interessante citado por Parkes foi *Byrne v. Deane*, julgado também pela Corte de Apelações, em 1937 (REINO UNIDO, 1937).⁴⁷ *Byrne* se referiu a material difamatório afixado a mural de notícias em um clube. A vítima alegou que a responsabilidade dos administradores do clube se constituiu a partir do momento em que leram a nota, mas não a removeram. A Corte de Apelações concordou. *Byrne* é relevante sobretudo porque, em *Tamiz*, o próprio juiz Eady usou como metáfora situação muito semelhante à descrita em *Byrne*, sem no entanto mencionar o caso em qualquer parte de sua decisão — e decidindo diversamente do mesmo.

Parkes também citou com aprovação outros dois casos recentemente decididos por Eady. O primeiro foi *Bunt v. Tilley*,⁴⁸ um caso bastante diferente, pois ali se questionou a responsabilidade de um grupo de três provedores de conexão à internet. Esses são, claramente, meros canais e, na ausência de regra que a eles imponha responsabilidade específica, não podem ser responsabilizados pela mera transmissão do conteúdo. Como disse Eady, o importante aqui é focar no elemento psicológico, em se determinando “o que a pessoa [no caso o provedor] fez, ou deixou de fazer, na cadeia de comunicação”.⁴⁹ Vale dizer, “se uma pessoa, de forma ciente, permite a outra comunicar informação que é difamatória, quando haveria uma oportunidade de prevenir a publicação, não haveria em princípio razão pela qual responsabilidade não poderia resultar”.⁵⁰

O último caso, que se baseou em *Bunt*, envolveu a responsabilidade do Google como mecanismo de busca. Foi o caso *Metropolitan v. Design Technica & Ors.*,⁵¹ onde Eady entendeu que mecanismos de busca agem de maneira automática, sem *input* humano no processo de indexação, de forma que não se pode, a princípio, depreender autorização ou aquiescência dos mesmos quanto a conteúdo por eles indexado e exibido, em forma de *snippets*, quando da busca. Não se equiparam, *prima facie*, a *publishers*, pois aqui, como em *Bunt*, não há um elemento psicológico que permita se depreender que de qualquer forma autorizam ou causam a aparição do *snippet* contendo material difamatório.

⁴⁷ REINO UNIDO. Court of Appeals of England and Wales. *Byrne v. Deane* [1937] 1 KB 818. 1937.

⁴⁸ REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). *Bunt v. Tilley & Ors* [2006] EWHC 407 (QB). 10 mar. 2006a. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2006/407.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 21.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). *Metropolitan International Schools Ltd. (t/a Skillstrain and/or Train2game) v. Design Technica Corp (t/a Digital Trends) & Ors* [2009] EWHC 1765 (QB). 16 jul. 2009. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2009/1765.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

Essencial, porém, em *Metropolitan* foi a remoção pelo Google dos links e *snippets* em referência a material difamatório quando disto fora notificado. Ou seja, embora o Google não tenha a obrigação de permanentemente monitorar o conteúdo por ele indexado — o que seria impensável —, é plausível que tenha a obrigação de agir casuisticamente diante de uma notificação. A leitura de Parkes em *Davison*, porém, parece conotar que a obrigação em *Metropolitan* é tão somente uma obrigação de meios.

Com efeito, em *Metropolitan*, de um lado, o juiz Eady registrou que o Google não teria como bloquear termos de busca sem correr o risco de bloquear outros sites além dos pretendidos. De outro, especificamente quanto a remover conteúdo relativo a certos links, Eady registrou que “enquanto esforços estejam sendo feitos para se atingir a remoção em relação a uma URL particular, dificilmente será possível constituir a responsabilidade do [Google] com base em autorização, aprovação ou aquiescência”.⁵²

Em *Davison*, porém, Parkes concluiu que a situação relativa ao site Blogger é diversa da do Google como mecanismo de busca. Disse ele:

Eu tenho uma considerável simpatia pela submissão do Sr. White [advogado do Google]. Pode mesmo ser irrealista esperar que o 5º Réu [o Google] remova material de que se reclama como difamatório quando não esteja na posição de determinar por si mesmo quando uma reclamação é ou não justificada. Se fosse responder a cada reclamação exigindo que o material reclamado seja removido, estaria adentrando significativamente o campo da liberdade de expressão.

(...)

Entretanto, [continuou,] se (como eu acho) é plausível que o 5º Réu seja um *publisher* na *common law*, a partir da notificação ele seria inapto (ou ao menos possivelmente inapto) a estabelecer que ignorava a existência do material difamatório no Blogger.com, ou a se basear na defesa da s. 1 da “Lei da difamação” de 1996, exatamente como o réu foi inapto a se basear nessa defesa em *Godfrey v. Demon Internet*.⁵³

Dizer, porém, que o Google é o *publisher* **não significa que outras defesas não estejam disponíveis**. É o caso da **defesa de comunicação responsável**, que discutimos na parte 5.D, e que causa surpresa a este autor não haver sido debatida em *Davison* — ou em *Tamiz*, que passamos a examinar.

⁵² *Ibidem*, par. 58.

⁵³ Reino Unido, *Davison v. Habeeb & Ors.*, op. cit., par. 45-46.

5.C *Tamiz v. Google*

Tamiz, como *Davison*, envolveu diretamente a responsabilidade pela *armazenagem* de conteúdo, no site Blogger, de titularidade do Google. Em sua decisão, o juiz Eady mencionou diversas das decisões já debatidas em *Davison*, de forma que não precisamos aqui tornar à discussão das mesmas, que discutimos na subparte acima.

Eady, porém, partiu caminhos com essas decisões — algumas de sua própria lavra — de forma brusca e, parece-me, incompatível com a deferência aos precedentes que o princípio do *stare decisis* demanda no mundo da Common Law. Será muito interessante ver como a Corte de Apelações reconciliará a decisão em *Tamiz* não só com *Davison*, mas também com *Bunt*, *Metropolitan* e, sobretudo, *Byrne* — que Eady convenientemente ignorou.

Não havendo logrado sucesso com sua defesa do Blogger perante o juiz Parkes em *Davison*, Google mudou de advogados — do sr. Anthony White QC para a sra. Catrin Evans —, com bom resultado. Conseguiu convencer o juiz Eady de que, dado o volume de conteúdo armazenado no Blogger, seria impossível para o Google fiscalizar o conteúdo deste — embora não esteja claro porque Eady entendeu que seria impossível para o Google fazê-lo em casos em que exista notificação.

Disse Eady:

É relevante ter em mente, embora isto não possa ser peremptório em matéria de Direito, que o Google Inc promulga e busca seguir uma bem conhecida política própria; isto é, este não removerá material ofensivo porque não está na posição de investigar ou chegar a uma decisão em relação a *qualquer* questionamento legal. Em meu entendimento, isto é em parte uma questão de princípio e em parte uma questão meramente prática. O Google Inc se considera provendo uma plataforma para o livre intercâmbio de informação e ideias e não gostaria de ser visto como um censor. De qualquer forma, os blogs em Blogger.com contêm, a mim é dito, mais de meio trilhão de palavras e 250.000 novas palavras são adicionadas todo minuto. Nessas circunstâncias, é virtualmente impossível para a corporação exercer controle editorial sobre conteúdo (grifos adicionados).⁵⁴

⁵⁴ Reino Unido, *Tamiz v. Google Inc Google UK Ltd*, op. cit. par. 35.

É de se ver que não só o tom dessa passagem é marcadamente positivo em relação às afirmações do Google, mas também a decisão ao final indica concordância com as mesmas. Não traz dados sobre quantas reclamações o Google recebe por minuto, a dificuldade em apurar-lhes o mérito, ou aborda a questão do poderio econômico enfeixado pela organização. Teria o operador de uma plataforma falida de blogs, que armazena em média duas ou três palavras por minuto e opera em profundo déficit econômico, mais possibilidades de monitorar notificações relativas a seu conteúdo? Os lucros auferidos pelo Google — que cresceram 60% no ano passado — não são suficientes para que a organização possa conciliar seu poder com deveres mínimos atinentes aos riscos envolvidos em suas atividades?

Sempre reproduzindo os argumentos do Google como verdades aparentemente inquestionáveis, que formam mesmo parte de sua decisão, Eady deu exemplo sobre o qual se pode fazer clara analogia com a situação em *Byrne*, debatida na subparte acima. Disse Eady:

Pode ser verdade que [o Google] tem a capacidade técnica de remover (ou, num sentido real, censurar) comunicações que tenham sido lançadas pelos bloggers ou aqueles que comentam em sua plataforma. Entretanto, isto não é de qualquer forma o mesmo que dizer que o Google se tornou um autor ou que autoriza a publicação. É sem dúvida comumente verdade que o autor de uma parede que tenha sido pixada, durante a noite, com grafite difamatório pode adquirir andaimes e tê-lo apagado com cal. Isto não quer contudo dizer que o autor desafortunado deve, até e a não ser que isto tenha sido feito, ser classificado como um *publisher*.⁵⁵

Em vez dos administradores do clube e do mural em *Byrne*, Eady preferiu fazer analogia entre a situação do Google e aquela refletida em *Bunt*, que cuidava de provedores de conexão. Em outras palavras, Eady fez analogia direta entre provedores de hospedagem — que, da cadeia de intermediários na internet, são aqueles que participam de forma mais delongada do processo de publicação de conteúdo — e provedores de conexão que não permanecem em contato com o material difamatório senão à velocidade da luz e não têm, portanto, qualquer possibilidade de formar juízo mais profundo sobre o mesmo (a não ser juízos mais padronizados e gerais que não são o que se discute neste artigo).

⁵⁵ *Ibidem*, par. 38.

Antes, porém, que se passe a açodadamente assumir que as palavras acima oferecem justificativa para a cláusula de irresponsabilidade do Marco Civil, é preciso ter alguns pontos em mente.

Em primeiro lugar (e um ponto ao qual tornamos ao final), é de se ver que a discussão em *Tamiz* e em *Davison* se refere exclusivamente à difamação. Não cobre casos envolvendo privacidade, racismo, homofobia, violação dos direitos da criança e do adolescente (que não envolvem apenas pedofilia), entre outros. No Reino Unido, ela não exclui a aplicação do “Regulamento do comércio eletrônico”, norma geral que se aplica a todas as situações em que o provedor hospede conteúdo de natureza ilegal.

Lembre-se de que o Tribunal de Justiça da União Europeia, em *L’Oréal* demonstrou que a existência de notificação por usuário contribui para a verificação de se o provedor “estava na verdade ciente dos fatos e circunstâncias com base nos quais um operador econômico diligente deveria ter identificado a ilegalidade” (supra). É de se ponderar, mesmo, como quaisquer países da União Europeia que adotem soluções desproporcionais como a do Marco Civil — entendendo que conhecimento efetivo depende de ordem judicial — poderão estar de acordo com a “Diretiva do comércio eletrônico” à luz da decisão do tribunal europeu.

A isto se liga o segundo ponto que se deve ter em mente sobre *Tamiz*, que é o de que Eady não se furtou à observação de que é bem possível que a conclusão sobre a responsabilidade do provedor seja sensível aos fatos específicos do caso (*fact-sensitive*):

A posição pode muito bem ser sensível aos fatos. A responsabilidade pode girar sobre a medida em que a entidade provedora relevante tinha conhecimento das palavras de que se reclama e da ilegalidade das mesmas ou potencial ilegalidade, e/ou da medida em que ela tem controle sobre a publicação. (Par. 33)

Isso que torna ainda mais surpreendente que a analogia de Eady tenha sido com *Bunt* (sobre provedores de conexão) e não com *Byrne* (situação muito mais próxima de *Tamiz* — em que pese a diferença de ambientes: um material e o outro, informacional).

Ou seja, se a decisão é sensível aos fatos, mesmo para Eady não se pode extrair uma conclusão automática como aquela que o Marco Civil apresenta *para todo e qualquer provedor de aplicações*.

O terceiro ponto, relacionado à decisão de Eady em *Metropolitan*, debatida na subparte acima, é o de que *Tamiz* não endossou uma completa ausência de responsabilidade dos provedores pela adoção de quaisquer procedimentos — como faz o Marco Civil. Em *Metropolitan*, caso envolvendo o Google como mecanismo de busca, entendeu-se que a posição do Google de envidar esforços para tornar indisponíveis os links mediante reclamação era solução adequada para o problema que se buscava remediar. Em *Tamiz*, Eady entendeu que um mecanismo no qual a vítima notifica o provedor e esse, por sua vez, notifica o usuário (conhecido como *notice-and-notice*) seria suficiente para refletir uma atitude de “cuidado razoável” em relação ao material de que se reclama (“Lei da difamação”, art. 1º (1)(b)). No caso, o Google alegou que essa seria uma resposta proporcional.⁵⁶ Eady entendeu que ela não estaria “fora dos limites de uma resposta razoável”.

Note-se, contudo, que a conclusão de Eady quanto à questão da razoabilidade vem em um contexto de notável elasticidade quanto à percepção da realidade. Isto porque não só a “Lei da difamação” prescreve que o *publisher* da *common law* deve se cercar de cuidados razoáveis, mas também, como vimos, que não deve “saber ou ter razão para acreditar que o que fez causou ou contribuiu para a publicação de uma afirmação difamatória” (“Lei da difamação”, art. 1º (1)(c)). Em *Tamiz* a existência ou não de difamação não foi um problema. Eady entendera que o material — por versar sobre acusação de furto e tráfico de drogas — deve ser *prima facie* entendido como difamatório.

A dúvida, então, não cercava os fatos relacionados à difamação — argumento a que sempre recorrem os provedores de serviços na internet para dizer quão difícil é a tarefa de analisar o conteúdo. O conteúdo (ao contrário de em *Davison*) era claramente difamatório. A dúvida, segundo Eady, era se o Google tinha razão para saber que o que fez causou ou contribuiu para a publicação de tal conteúdo. Entendendo a atividade do Blogger como sendo tão passiva quanto a dos provedores de conexão em *Bunt*, Eady concluiu que o Google não tinha razão para saber, mesmo após notificação, e mesmo sendo o conteúdo *prima facie* difamatório, que sua atividade contribuiu para a publicação de material difamatório.

Ainda que a Corte de Apelações sustentasse tal visão elástica dos fatos e da ideia de razoabilidade, ainda que jogasse por água abaixo tanto a decisão

⁵⁶ Também invocando o princípio da proporcionalidade, em discurso afinado com o discurso internacional de sua corporação, ver artigo recente de Marcel Leonardi — defendendo sua redação para o Marco Civil. LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da internet no Brasil. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 115, p. 87-98, abr. 2012.

de Parkes em *Davison* quanto a distinção entre a situação em *Tamiz* e aquela presente nas decisões anteriores do próprio Eady em *Metropolitan* e em *Bunt* (que *Tamiz* parece contradizer ao negar responsabilidade mesmo naqueles casos em que o provedor tem oportunidade de examinar com maior detimento conteúdo de cuja existência tem ciência),⁵⁷ ainda que a Corte de Apelações se furtasse, como Eady, a uma análise sistemática entre a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia em *L'Oréal* e a *common law* da difamação — e ainda que o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia abraçasse toda essa metodologia convoluta em uma muito provável decisão futura —, é de se ver que nem mesmo o mecanismo endossado como razoável pela decisão de Eady o Marco Civil implementa. Simplesmente diz que o provedor é irresponsável e ponto final.

Carece, portanto, mesmo da mais frágil razoabilidade (aquela de *Tamiz*) a solução adotada pela cláusula de responsabilidade do Marco Civil.

5.D Comunicação responsável

A decisão de Eady, sobretudo, contradiz a ideia de “comunicação responsável”, que vem se apresentando como um dos fundamentos da *common law* da difamação.

Com efeito, de *Reynolds v. Times Newspapers*⁵⁸ a casos mais recentes como *Jameel v. Wall Street Journal Europe*,⁵⁹ *Grant v. Torstar Corp.*,⁶⁰ e *Blakeney-Williams v. Cathay Pacific*,⁶¹ a *common law* da difamação vem incorporando um importante teste, originalmente conhecido como o “teste de *Reynolds*”, para aferição da responsabilidade de atores que incorram em formas de excesso na liberdade

⁵⁷ É de se indagar, portanto, que tipo de intermediário teria responsabilidade no contexto da internet. Ao que parece, nenhum. Veja-se que a decisão de Eady não faz distinção entre momentos anteriores e posteriores à decisão judicial. Traz isenção pura e simples de responsabilidade, senão pela adoção de um mecanismo de notificação-e-notificação.

⁵⁸ REINO UNIDO. House of Lords. *Reynolds v. Times Newspapers Ltd and Others* [1999] UKHL 45. 28 oct. 1999b [*Reynolds*]. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/45.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁵⁹ REINO UNIDO. House of Lords. *Jameel & Ors v. Wall Street Journal Europe Sprl* [2006] UKHL 44. 11 oct. 2006b [*Jameel*]. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/44.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁶⁰ CANADÁ. Supreme Court of Canadá. *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61. 22 dec. 2009. Disponível em: <<http://canlii.ca/t/27430>>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁶¹ HONG KONG. Court of Appeal. *Campbell Richard Blakeney-Williams and Others v. Cathay Pacific Airways Ltd and Another* [2010] HKCA 397. 24 dec. 2010. Disponível em: <www.hklii.hk/cgi-bin/sinodisp/eng/hk/cases/hkca/2010/397.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

de expressão. Esse teste irradia seus efeitos sobre a ordem normativa, permitindo que se possa atingir uma relação de equilíbrio entre a liberdade de expressão e o direito à reputação.⁶²

Terminologicamente, tal teste hoje se apresenta como uma defesa, da qual forma o conteúdo, para os autores de material difamatório. Tal defesa foi batizada em *Jameel* (caso em que a House of Lords reformou decisão anterior do juiz Eady) como a defesa do “jornalismo responsável”, e rebatizada em *Grant* como defesa da “comunicação responsável” e novamente em *Blakeney-Williams* como defesa da “disseminação responsável de informação”.

Segundo *Grant*, sua expressão mais recente e mais sólida, a existência dessa defesa demanda a verificação de se (A) a publicação versa sobre assunto de interesse público e (B), se o *publisher* foi diligente ao buscar verificar a alegação, levando-se em consideração: (a) a seriedade da alegação; (b) a importância pública do assunto; (c) a urgência do assunto; (d) o *status* e a confiabilidade da fonte; (e) se o lado do reclamante na história foi buscado e adequadamente reportado; (f) se a inclusão da afirmação difamatória foi justificável; (g) se o interesse público na afirmação difamatória repousa no fato de que essa foi feita em vez de em sua veracidade (*reportage*); e (h) quaisquer outras circunstâncias relevantes.⁶³

A defesa de comunicação responsável não está disponível apenas para jornalistas. Já em *Seaga v. Harper*,⁶⁴ o Privy Council (órgão que exerce jurisdição sobre as cortes da *commonwealth*) decidiu que a defesa reconhecida em *Reynolds* estava disponível não somente para a imprensa e para a mídia de radiodifusão, mas para qualquer um que publicasse por meio das mídias de massa.

Em *Grant*, essa defesa foi explicitamente estendida a blogueiros e mais amplamente à realidade da internet — de onde também foram estendidos os deveres correspondentes a essa defesa, descumprimento dos quais faz surgir a reponsabilidade dos autores de material difamatório. Nas palavras da juíza McLachlin, presidente da Suprema Corte do Canadá:

⁶² Entendo, mesmo, que a ideia de responsabilidade deveria ser estendida para novas fronteiras, além da difamação. Em artigo recente, baseei-me em decisões recentes da *common law*, no sistema internacional dos direitos humanos e em fundamentos de filosofia do direito para propor a extensão dessa ideia também para o campo da privacidade — em um conceito de uso responsável da informação privada. THOMPSON, Marcelo. *Privacy and normativity: norms-setting in the public interest*. 2012. (em fase de pré-publicação).

⁶³ Canadá. *Grant v. Torstar Corp*, op. cit., par. 126.

⁶⁴ REINO UNIDO. Judicial Committee of the Privy Council. *Seaga v. Harper* (Jamaica) [2008] UKPC 9. 30 jan. 2008. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2008/9.html> Acesso em: 28 maio 2012.

as mídias tradicionais estão rapidamente sendo complementadas por novos meios de comunicação em assuntos de interesse público, muitos desses online, que não envolvem jornalistas. Esses novos disseminadores de notícias e informação devem, ausentes boas razões para exclusão, estar sujeitos às mesmas leis a que estão sujeitos os veículos mais estabelecidos da mídia. (...) A imprensa e outros engajados em comunicação pública em assuntos de interesse público, como bloggers, devem agir de forma cuidadosa, levando em consideração os danos à reputação que uma afirmação falsa pode causar. Uma defesa baseada em conduta responsável reflete a preocupação social com que a mídia possa ser responsabilizada pelo direito da difamação.⁶⁵

A decisão do juiz Eady parece ignorar essa preocupação social — mas o Marco Civil o faz ainda de forma mais completa, sem qualquer granularidade, ao criar um sistema de *comunicação irresponsável* para a internet no Brasil.

5.E A Draft Defamation Bill

Como visto, enquanto *Davison* seguiu entendimento similar ao do Tribunal de Justiça da União Europeia — atribuindo alguma medida de responsabilidade ao provedor de aplicações —, *Tamiz* reconheceu a razoabilidade de um procedimento de notificação-e-notificação e o Marco Civil, indo mais além, quer agora estabelecer a completa irresponsabilidade do provedor de aplicações, não só em casos envolvendo difamação, mas em todo e qualquer caso, o que mesmo *Tamiz* ficou muito longe de reconhecer — como qualquer decisão, aliás, ficaria, seja por força do “Regulamento do comércio eletrônico”, seja, francamente, por força de qualquer diploma de direitos humanos, que impede que se faça tábula rasa de direitos diversos do direito à liberdade de expressão como o Marco Civil faz.

Especificamente em relação à difamação, é interessante o procedimento defendido pelo governo britânico em sua recente resposta oficial nas consultas públicas sobre a de reforma da Lei de Difamação, no Reino Unido.⁶⁶

⁶⁵ Canadá. *Grant v. Torstar Corp*, op. cit., pars. 96 e 62.

⁶⁶ REINO UNIDO. Ministry of Justice. *The Government's Response to the Report of the Joint Committee on the Draft Defamation Bill*. feb. 2012a. par. 77 e segs. Disponível em: <www.justice.gov.uk/downloads/publications/policy/moj/government-response-draft-defamation-bill.pdf>. Acesso em: 28 maio 2012.

A sugestão do governo estabelece um mecanismo de notificação-e-retirada dividido de acordo com casos em que o autor possa ser publicamente identificado e outros em que não. Para os casos em que o autor não possa ser publicamente identificado, o conteúdo deve ser removido pelo intermediário tão logo receba notificação da vítima. Em casos de *whistle-blowing* (como o Wikileaks) o intermediário tem a possibilidade de requerer à corte uma chamada *ordem de manutenção (leave-up order)*, dado o interesse público na manutenção do conteúdo.

Nos casos em que o autor do conteúdo possa ser publicamente identificado, porém, e em defesa de sua liberdade de expressão, os intermediários não têm qualquer dever de verificar a natureza do conteúdo e retirá-lo do ar quando do recebimento de uma notificação pela vítima. Somente em virtude de uma ordem judicial estarão os intermediários obrigados a retirar do ar o conteúdo. Devem, entretanto, a partir do recebimento de notificação pela vítima, inserir nota ao lado do conteúdo, enquanto esse esteja no ar, para que se possa saber que o mesmo é controverso.

Ambos os procedimentos sugeridos pelo governo britânico — para casos de anonimato e de identificação — são interessantes e merecem ser considerados nas discussões do Marco Civil. Protegem, ao mesmo tempo, a reputação da suposta vítima e a liberdade de expressão do usuário que se quis fazer identificar.

Se a presença de uma mera nota de que o conteúdo difamatório é disputado será suficiente para salvaguardar a reputação das vítimas em casos de grande visibilidade social é outra questão, que está agora em debate — no Reino Unido, não no Brasil.

6. Uma sugestão: obrigação de meios

As discussões acima se referiram à questão da difamação. O fizeram porque é no âmbito da difamação que maior dificuldade se apresenta para o provedor de aplicações na internet em distinguir o joio do trigo — em determinar quais são os casos em que, nos termos da “Diretiva do comércio eletrônico”, o provedor tem conhecimento efetivo de que hospeda informação ilegal ou de fatos e circunstâncias que evidenciem tal informação. Questões envolvendo difamação são, pode-se dizer, paradigmáticas das dificuldades enfrentadas pelos provedores.

Não quer isto dizer, porém, que dubiedade não possa existir em outros casos. Embora casos de privacidade em geral apresentem maior certeza, frequentemente há dúvidas sobre a natureza das pessoas (públicas ou não), dos espaços que ocupam (*idem*), bem como dos interesses e expectativas que suas atividades suscitam.⁶⁷ Regimes de proteção de dados pessoais, ao estabelecerem uma sistemática para o processamento desses dados, mitigam, mas não eliminam as incertezas do mundo da privacidade. Tais incertezas são, aliás, acrescidas pela própria plasticidade dos ambientes da internet, à qual nos referimos no início deste artigo.

Dizer que incertezas existem, porém, não pode significar que, diante de quaisquer situações, os provedores de aplicações quedem completamente inertes e alheios à gravidade das violações que suas atividades instrumentam.

Na parte anterior discutimos a ideia de comunicação responsável. Tal ideia se diz, no âmbito brasileiro, com princípio inserido no (brilhante e rigorosamente preciso) Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais atualmente em análise na Casa Civil da Presidência da República — o *princípio da boa-fé objetiva*.⁶⁸ Tal princípio não cuida de conceitos variáveis presentes em relações intersubjetivas, mas sim de padrões sociais objetivos de conduta que se podem esperar dos diferentes agentes sociais.

No Reino Unido, ideia semelhante modificou a dinâmica das relações de privacidade no âmbito da *common law* que, antes da Lei de Direitos Humanos de 1998, estavam inteiramente sujeitas a prévias relações intersubjetivas de confiança. Em caso envolvendo a modelo Naomi Campbell, a House of Lords transformou o *tort* de “quebra de confiança” em um padrão não mais meramente intersubjetivo, mas sim objetivo, de conduta — do qual deriva a coibição à “má-utilização de informação privada”, nome pelo qual o *tort* de “quebra de confiança” passou a ser conhecido em contextos de privacidade.⁶⁹

A demanda por padrões objetivos de boa conduta não pode restar circunscrita ao universo da privacidade.

Ao mesmo tempo, porém, há de se reconhecer as formas com que a ordem normativa — onde a ideia de objetividade se põe — se liga aos diferentes sujeitos de direito a demandar-lhes correspondente boa-fé. Cláusula que

⁶⁷ Discuto essas incertezas e o problema do interesse público na *common law* em THOMPSON, Razoabilidade na rede, op. cit.

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais*. 2011. art. 8º, VIII. Disponível em: <www.cgu.gov.br/acesoainformacao/materiais-interesse/antepro-jeto-lei-protacao-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁶⁹ REINO UNIDO. House of Lords. *Campbell v. MGN Ltd* [2004] UKHL 22. 6 may 2004. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/22.html> Acesso em: 28 maio 2012.

sujeite o provedor a responsabilidade mesmo diante de grande dificuldade em se apurar a legalidade do conteúdo hospedado — ou que não leve em consideração as possibilidades econômicas e tecnológicas do provedor em fazê-lo (como o juiz Eady agiu em relação ao Google em *Tamiz*) — é cláusula que não se molda, com facilidade, à ideia de boa-fé objetiva.

Como solucionar o problema? As soluções trazidas pela reforma da “Lei da difamação”, no Reino Unido — por exemplo, a de incluir nota ao lado do conteúdo apontando sua natureza controversa —, não são aplicáveis a áreas diversas da do direito da difamação. Não se prestam a solucionar o problema na área de privacidade, por exemplo, onde a questão não é se o conteúdo é controverso ou não, mas sim, e sobretudo, se sua divulgação é legítima. Para o Marco Civil, que busca solucionar o problema da responsabilidade de forma genérica, precisamos pensar em uma situação aplicável a todos os casos e que esteja de acordo com as ideias de comunicação responsável e boa-fé objetiva.

Em *Metropolitan*, vimos, o juiz Eady pareceu entender que a obrigação do Google em *remove os hyperlinks* de seu mecanismo de busca era uma obrigação de meios, ou seja, de envidar os melhores esforços. Tal entendimento, porém, se referiu ao *esforço na remoção*, não ao *esforço na apreciação* de se o material que se remove é difamatório ou não.

Mas podemos pensar em uma obrigação de meios referentes à apreciação, pois aqui está a dificuldade mais acentuada que os provedores enfrentam. O que daria conteúdo a essa obrigação? O princípio da razoabilidade.

Vejamos que, no Reino Unido, a apreciação da natureza do material — se difamatório ou não — está baseada na noção de *razoabilidade* presente, em sentido amplo (e a merecer especificação), na “Lei da difamação”. Essa, como vimos, envolve a demanda pela adoção de *cuidados razoáveis* e o questionamento de se o provedor tinha *razões* para saber que sua atuação causou ou contribuiu para a publicação de uma afirmação difamatória.

Podemos, por que não, entender a ideia de razoabilidade como elemento necessário dos conceitos de comunicação responsável e boa-fé objetiva que discutimos acima. Não há, com efeito, ação comunicativa do provedor que possa ser considerada responsável e objetivamente de boa-fé sem que o provedor aja de forma razoável. Importa que o provedor raciocine e aja a partir da razão. Devemos exigir que o faça e a ideia de responsabilidade deve ser diretamente ligada ao descumprimento desse dever.

A responsabilidade civil objetiva, ou seja, de forma, independentemente de um elemento de culpabilidade, é solução mais extrema e indesejável. Não é corolário necessário da noção de boa-fé objetiva. E não é adequada para lidar com situações de profunda subjetividade, onde sua adoção seria paralisante.

O que se há de indagar é se a atitude psicológica, normativa e prática — de autoimposição de norma de conduta e ação a partir dela — adotada pelo provedor estava de acordo com aquela que se devia razoavelmente esperar de um agente responsável do processo comunicativo. Para tanto, deve-se começar por indagar que atenção dedicou o provedor aos fatos e circunstâncias de cuja existência teve conhecimento efetivo.

Não se deve, porém, demandar correção do provedor. O que se deve demandar é que o provedor aja de acordo com o que se pode razoavelmente esperar de um agente responsável do processo comunicativo — *i.e.*, que dedique seus melhores esforços, nos limites de suas possibilidades econômicas e tecnológicas, à aferição da verossimilhança das alegações que são trazidas ao seu conhecimento, e que aja tão logo razoavelmente possível a partir de sua conclusão.

Dessa forma, estabelece-se não uma obrigação de atingir um resultado específico e preciso — o que seria absurdo — mas, sim, uma obrigação de meios, uma obrigação de envidar esforços compatíveis com uma ordem normativa em que as noções de comunicação responsável e boa-fé objetiva vêm positivamente reconhecidas.

A proposta contida no Anexo a este artigo faz exatamente isso. Estabelece uma obrigação de meios em que critérios extraídos da “Diretiva de comércio eletrônico” da União Europeia e do caso *Grant v. Torstar* se juntam a outros do regime processual vigente no Brasil (notadamente do regime de tutela de urgência — art. 14, § 1º) para definir o que se entende possa ser razoavelmente esperado de um agente responsável do processo comunicativo. Alguns dos critérios buscados em *Grant* se dizem tão somente com questões envolvendo violação da honra subjetiva e são circunscritos a esse universo pela redação (Anexo, art. 14, § 5º). Outros são direcionados à generalidade de circunstâncias que o Marco Civil busca regular (Anexo, art. 14, § 4º).

É importante, também, que se deixe claro que a obrigação de meios não se destina a priorizar quaisquer grupos de direito — de forma que também a liberdade de expressão deve ser tutelada por tal dever. Deve-se evitar que o provedor aja de forma negligente tanto em casos em que haja ameaça à vida privada ou reputação quanto em outros casos que se digam mormente com a proteção da liberdade de expressão (Anexo, art. 15, § 7º).⁷⁰

⁷⁰ Diversos dos demais dispositivos que proponho foram baseados na redação original do projeto. Entre esses merece destaque o dispositivo que estabelece a responsabilidade do notificante por notificações falsas, errôneas, abusivas ou de má-fé (art. 16), o qual impõe também ao notificante um dever de agir de forma responsável — e tende a trazer o volume de notificações a uma medida justa e administrável pelo provedor.

Vale dizer, não deve o provedor simplesmente retirar conteúdo do ar quando receba notificação, sem aferir-lhe a natureza dedicando à liberdade de expressão a mesma responsabilidade que deve dedicar a outros direitos. Pesquisas demonstram que, em regimes onde simplesmente se prevê a responsabilidade do provedor pela não remoção do conteúdo, a tendência é a da existência de *chilling effects*, que ensejam a remoção de qualquer conteúdo que seja objeto de notificação, sem qualquer exame mais depurado dos mesmos.⁷¹ A existência de obrigação de meios, agregada à clarificação de que essa demanda do provedor que aprecie com igual responsabilidade tanto notificações pelas vítimas quanto *contranotificações por seus usuários*, atenua sobremaneira o problema dos “*chiling effects*”.

A resistência a esse argumento por parte dos provedores de aplicações, porém, é esperada. E bem demonstrará quais são suas verdadeiras preocupações.

A alternativa atualmente presente no Marco Civil — da irresponsabilidade pura e simples pela manutenção — não é solução plausível. Argumento comum é o de que o provedor normalmente removerá conteúdo que viole a vida privada ou a reputação das pessoas mesmo na ausência de cláusula que o responsabilize — o argumento da responsabilidade social corporativa, já mencionado. Dizem os defensores da irresponsabilidade que a inexistência de cláusula de responsabilidade mediante notificação pelo usuário favorece a liberdade de expressão, pois o provedor não se sentirá compelido a remover o conteúdo, mas o fará por boa vontade, bom-mocismo ou qualquer outra virtude mais fugidia, daquelas que sabemos bem são compartilhadas pelos grandes detentores de poder na internet...

A verdade, porém, é que, enquanto o Marco Civil prescreve ausência de responsabilidade civil em casos de manutenção do conteúdo no ar, não faz o mesmo em relação à remoção espontânea do conteúdo pelo provedor. Isso gera a questão, inclusive em virtude de obrigações de neutralidade que o Marco Civil prescreve em outros dispositivos, de se o provedor poderia ser responsabilizado por violar a liberdade de expressão de seus usuários *ao remover* o conteúdo do ar. Se isto for verdade, não haveria um incentivo conferido pela lei

⁷¹ AHLERT, Christian et al. *How 'liberty' disappeared from cyberspace: the mystery shopper tests internet content self-regulation*. 2004. Disponível em: <<http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/sites/pcmlp.socleg.ox.ac.uk/files/liberty.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2012; URBAN, Jennifer M.; QUILTER, Laura. Efficient process or “chilling effects”? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act. *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Santa Clara, v. 22, n. 4, 2006.

para o provedor optar pelo caminho em que nenhuma chance existe para sua responsabilização — *i.e.*, a manutenção de conteúdo (mesmo da mais flagrante ilicitude) no ar?

Na União Europeia, onde igualmente não está clara a ausência de responsabilidade pela remoção, Lilian Edwards registra, em recente estudo comissionado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, o seguinte:

Um fator que pode deter um provedor na remoção pode ser o medo de que uma remoção infundada possa levar a alegação, pelo [usuário],⁷² de quebra de contrato. No DMCA [Digital Millenium Copyright Act] dos EUA, quando um provedor remove o conteúdo em boa fé, ele é protegido de qualquer responsabilidade que pudesse resultar [da remoção]. Nenhuma proteção nesse sentido existe na ECD [Electronic Commerce Directive] (embora, como a Diretiva é uma harmonização mínima, nenhuma razão existe para que os Estados não possam introduzir tal proteção).⁷³

Note-se, porém, que na União Europeia, como vimos, e diferentemente do que o Marco Civil prevê, *há* responsabilidade civil pela manutenção negligente do conteúdo no ar. Então o risco de que fala Edwards, de ser responsabilizado pelo usuário pela remoção do conteúdo, parece menor do que o risco que o provedor correria ao manter o conteúdo no ar — sobretudo, nota Edwards, porque o provedor pode mitigar os riscos de responsabilização civil pela remoção por meio de cláusulas contratuais aceitáveis e contar com certa inércia dos usuários em processá-lo.⁷⁴

Tal, porém, não será a situação no Brasil, onde o risco em se manter no ar o conteúdo ilícito será inexistente — de forma que a solução preferível para o provedor será sempre a de privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos igualmente inerentes à dignidade.

⁷² A redação original fala, em sentido amplo, em “provedor de conteúdo”.

⁷³ EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of the internet intermediaries in the field of copyright and related rights*. Report Commissioned by the World Intellectual Property Organization. Geneva, 2011. Disponível em: <www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 12.

7. Conclusão: democracia, razoabilidade e responsabilidade

Em seu seu livro *Tecnopolitica*, Stefano Rodotà argumenta que as novas tecnologias de comunicação proporcionam o surgimento de uma democracia contínua no tempo e no espaço.⁷⁵ Nessa democracia, segundo Rodotà, o acesso às novas tecnologias promove a distribuição de poder de uma forma que, diversamente do que pregavam modelos teóricos anteriores, não acarreta a fragmentação política e social.⁷⁶ Ao contrário, a redistribuição de poder promovida pelas novas tecnologias enseja uma conexão entre os diferentes sujeitos políticos e, com isso, possibilita um permanente reequilíbrio no qual repousa uma nova forma de estabilidade política — e uma diante da qual modalidades de autoritarismo perdem sua eficiência.⁷⁷

Falar na perda de eficiência do autoritarismo, porém, não é falar na inexistência de autoridade ou de quaisquer restrições às liberdades e possibilidades de expressão individual. Talvez seja óbvio, mas não menos importante, dizer que a liberdade encontra limites na *razão*, que fornece conteúdo à liberdade e sem a qual a liberdade não existe. No modelo hegeliano, por exemplo, liberdade e conhecimento, que se diz ultimamente com autoconhecimento, são uma e a mesma coisa. Ambas se encontram jungidas no ponto culminante da história do mundo, onde a ideia hegeliana do espírito cósmico (*Geist*) “vem” — nas palavras de Charles Taylor — “ao autoconhecimento racional, em liberdade”.⁷⁸

Os limites da liberdade são as verdades que a razão nos revela e a autoridade que delas emana. Há, portanto, de se reconhecer o que a razão proclama ser o conteúdo da liberdade. E é a busca conjunta desses limites — os limites da razão — o que de mais fascinante a democracia contínua nos proporciona, e ao mesmo tempo aquilo de que mais profundamente a democracia depende.

⁷⁵ RODOTÀ, Stefano. *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*. 2. ed. Roma; Bari: Laterza, 2004. p. 79 e segs.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Taylor, *Hegel*, op. cit. “Nós vemos que o que é mais fundamental sobre nós é que nós somos veículos do *Geist*. Então, no alcançarmos completa realização cognitiva nossa ciência do universo é transformada; de conhecimento que nós como espíritos finitos temos sobre um mundo que é outro em relação a nós, torna-se autoconhecimento do espírito universal do qual somos veículos. E em vindo a completude a autoconsciência, *Geist*, também veio à sua mais completa autoexpressão, daí liberdade. Ela moldou o veículo à perfeita expressão de si mesma. E porquanto a essência desse veículo, o homem, é ser o veículo do *Geist*, ele também é e sabe-se como completamente autoexpresso, *i.e.*, livre”. p. 91-92.

A ideia de acesso, por exemplo, que se afirma crescentemente como um direito fundamental, comporta a pergunta que Rodotà formula — “acesso a que coisa?” — e responde: “é indispensável que ao direito de acesso corresponda um ‘conteúdo informativo essencial’, uma *massa crítica de informação* que dê *sentido e substância* à posição do cidadão”.⁷⁹ Com efeito, não há cidadania, ou seja, liberdade de participação do processo político/comunicativo e de descoberta do conteúdo da democracia, sem que haja raciocínio crítico que dê sentido e substância ao exercício dessa liberdade. Note-se que, quando aqui se fala em cidadania e democracia, fala-se na cidadania exercida em uma democracia contínua, que outros autores já chamaram de “democracia cultural”⁸⁰ ou “democracia semiótica”,⁸¹ e que não se diz somente com o sufrágio, o plebiscito ou o referendo. A nova democracia se diz com a construção colaborativa dos signos que representam o conhecimento de nosso tempo. O sentido e a substância que buscamos também não se dizem, portanto, somente com as formas tradicionais de exercício, episódico, do poder político. Eles estão em todo lugar onde a liberdade é *verdadeiramente* exercida — a buscar e descortinar os caminhos comuns de nossa razão.

Isto nos traz a dois breves, mas muito importantes, pontos finais. Em primeiro lugar, como se registrou na introdução deste artigo, e como Rodotà nos lembra, um dos objetivos primários da democracia é a inclusão dos cidadãos no *demos*.⁸² Este artigo como um todo trouxe fundamentos para demonstrar que a democracia no Brasil não pode ser destinada tão somente àqueles que querem exercer sua liberdade de expressão de forma infinita — os direitos de todos, incluindo a vida privada, a reputação, os direitos da criança e do adolescente devem receber igual atenção de qualquer diploma que se pretenda uma constituição para a internet no Brasil.

A ameaça de violação da privacidade, por exemplo, restringe comportamentos e formas de manifestação, e cria assimetrias de poder.⁸³ O mesmo se pode dizer da manipulação de discursos sociais — ou de seu assenhoreamento por turbas irracionais — de forma a injustamente destruir a reputação de

⁷⁹ Rodotà, *Tecnopolítica*, op. cit., p. 96.

⁸⁰ BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review*, Nova York, v. 79, n. 1, p. 1-55, 2004.

⁸¹ FISKE, John. *Television culture*. Londres: Methuen, 1987. p. 236, 239; FISHER III, William W. *Promises to keep: technology, law, and the future of entertainment*. Stanford: Stanford University Press, 2004. p. 30.

⁸² Rodotà, *Tecnopolítica*, op. cit., p. 113.

⁸³ SCHWARTZ, Paul M. Privacy and democracy in cyberspace. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 52, p. 1683, 1999.

alguém, transcendendo contextos, explodindo-os mesmo, na busca da “justiça” pelas próprias mãos. Práticas de *cyber-bullying* fulminam a diversidade e constroem possibilidades de desenvolvimento de crianças e adolescentes, que se tornarão cidadãos temerosos e expressarão com menor autenticidade suas razões e sentimentos. O resultado dessa degradação dos direitos diferentes da liberdade de expressão é, paradoxalmente, um discurso social empobrecido, menos racional, menos livre. Há, assim, uma solução de continuidade na democracia contínua.

Em segundo lugar, e ligado ao primeiro ponto, para que se possa realmente falar em liberdade na participação na democracia, há que se falar no exercício dessa liberdade com razoabilidade e responsabilidade. Para Rodotà, citando Pierre Lévy, há que se falar em um “tempo de decisão e avaliação contínua” que “possa fazer nascer uma responsabilidade coletiva que [nos] obriga a[o] confront[o] com aqueles que, no futuro, serão os efeitos das decisões de hoje”.⁸⁴ Ele conclui:

Deveria ser desnecessário, a este ponto, repetir que nem tudo pode ser deixado à espontaneidade. A liberdade dos processos, e de seus atores, certamente deve ser preservada: mas devem ser criadas, e garantidas, todas as condições pelas quais essa liberdade possa efetivamente se manifestar. Como as outras encarnações da democracia, também a democracia contínua exige a definição de um espaço constitucional, de acordo com parâmetros que aqui têm sido (e serão) repetidamente indicados. E a este ponto o otimismo da representação deve ceder ao realismo dos que enfatizam a dificuldade, e a resistência, contra esta reforma real, radical, especialmente em uma época em que se continua a se apegar à lógica de simplificação, mesmo em uma situação que exigiria, pelo menos, consciência da diferença que existe entre a complexidade e a fragmentação.⁸⁵

A lógica da simplificação e a resistência a estabelecer restrições sobre a espontaneidade, porém, são infelizmente o que marca os discursos sobre a responsabilidade dos provedores no Marco Civil. Mas há de se entender que também os provedores são obviamente alcançados pela democracia contínua, que se caracteriza pelo alargamento de seus agentes, por “uma multiplicidade

⁸⁴ Rodotà, *Tecnopolítica*, op. cit., p. 116.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 115-116.

de sujeitos, individuais e coletivos, institucionais e não institucionais”,⁸⁶ que podem e devem fazer parte do discurso público. Os intermediários, como os provedores, têm, com efeito, a possibilidade e o dever de contribuir — *como agentes responsáveis* — para o processo de afirmação racional das novas liberdades de participação política. Não se pode lhes vestir com o anel de Gyges da invisibilidade e da imunidade.

Deve-se demandar de provedores de conexão, de provedores de aplicação e de todos os agentes da nova democracia que ajam de acordo com critérios racionais, de razoabilidade e de responsabilidade para com o processo discursivo no qual estão inseridos. O Marco Civil busca anular, neutralizar, quaisquer possibilidades de razão e ação responsável pelos intermediários. Mas há que se cuidar para que o que Rodotà chama de “a crise d[a] mediação, acompanhada do irromper da tecnopolítica”, não “fa[ça] emergir, até mesmo com brutalidade, o risco de uma política de massa substancialmente autoritária”⁸⁷ — não uma construída pelos atores tradicionais da democracia representativa, mas pelo próprio povo e por todos aqueles que se achem assenhoreados para agir de forma contrária à razão e ao senso de responsabilidade. Em vez do caminhar em direção à real liberdade do conhecimento, do conhecer a nós mesmos através do conhecimento da verdade e da razão por um processo comum, ter-se-ia o caminhar apartado do indivíduo infinito e dos agentes irresponsáveis. Um processo alienante da dignidade, da própria liberdade, da democracia e, em tudo isto, de nós mesmos.

Aqui tornamos à ideia, com a qual iniciamos, da plasticidade da internet e dos compromissos tecnológicos e normativos que a estruturam. A ordem normativa e a tecnologia que estruturam a internet devem, em seus reflexos mútuos, estar pautadas em um ideal de razoabilidade. A razoabilidade traz à ordem normativa um equilíbrio reflexivo que está na própria essência da democracia continuada de que fala Rodotà. Há de se buscar e promover o razoável na estrutura da internet.

Na Europa, a ideia de proporcionalidade, que se apresenta como sinônimo de razoabilidade, está na raiz de inúmeras decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁸⁸ sobre o equilíbrio entre a liberdade de expressão e

⁸⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 116.

⁸⁸ Cite-se o caso da Princesa Caroline, de Mônaco — *Von Hannover v. Germany* —, como simples exemplo de um torrencial de decisões a respeito do assunto. UNIÃO EUROPEIA. European Court of Human Rights. *Von Hannover v. Germany* — 59320/00 [2004] ECHR 294. 24 jun. 2004. Disponível em: <www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2004/294.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

outros direitos. Hoje, a busca desse equilíbrio vem motivando até mesmo a proposta de um direito ao esquecimento — pelo qual o indivíduo pode solicitar aos provedores na internet que removam informações a ele referentes (conquanto se possa criticar a medida em que há real proporcionalidade na forma como essa possibilidade está posta). Internacionalmente, não só a ideia de razoabilidade, ou proporcionalidade, está inscrita na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Art. 52), mas está também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 19, item 3), onde também se diz que a liberdade de expressão traz consigo deveres e responsabilidades, entre os quais está o respeito aos direitos e à reputação dos outros (art. 19, item 3, a). No Brasil, a ideia de proporcionalidade esteve no coração de decisões recentes do STF, como a da ADPF 130, sobre a liberdade de expressão.⁸⁹

Mas enquanto na Europa a democracia e a razoabilidade demandam um direito ao esquecimento, um novo pacto de direitos civis grava a irresponsabilidade na memória da internet brasileira.

Referências

AHLERT, Christian et al. *How 'liberty' disappeared from cyberspace: the mystery shopper tests internet content self-regulation*. 2004. Disponível em: <<http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/sites/pcmlp.socleg.ox.ac.uk/files/liberty.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2012.

⁸⁹ Veja-se, entre outros, o belo voto do ministro Dias Toffoli, em que pese sua divergência parcial, no julgamento de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre dispositivos da Lei Eleitoral (Lei nº 9.504 de 1997) que versavam sobre propaganda humorística. Falando sobre técnicas de solução de colisão de direitos, onde a ideia de proporcionalidade é ínsita, e ressaltando um ponto óbvio que neste contexto é infelizmente necessário lembrar — que não há direitos fundamentais absolutos —, o ministro registrou: “E, nesse sentido, a liberdade, qualquer que seja ela, inclusive a de expressão, é ilimitada *prima facie*, mas limitada como direito definitivo. Essa restrição a um direito fundamental pode e deve ser feita primordialmente pelo legislador. Não é adequado supor que haveria condicionamento ao legislador e ampla deferência ao juiz para restringir direitos fundamentais, apenas porque o magistrado atua no caso concreto e sob circunstâncias de fato. O legislador goza da legitimidade democrática. É eleito. Submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às quizzílias partidárias, às contradições do Parlamento, às pressões organizadas e ao risco permanente de ser exautorado da vida pública, por meio da censura periódica de seus representados nas urnas. Negar-lhe essa prerrogativa é atrofiar o Estado Democrático de Direito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 — Distrito Federal*. Incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997. 2 set. 2010. p. 61-62. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1275144>>. Acesso em: 28 maio 2012.

BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review*, Nova York, v. 79, n. 1, p. 1-55, 2004.

BENKLER, Yochai. *The wealth of networks: how social production transforms markets and freedom*. New Haven: Yale University Press, 2006.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. Ministério da Justiça. *Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais*. 2011. Disponível em: <www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiais-interesse/anteprojetoleiprotecao-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. *Projeto de Lei n. 2.126, de 24 de Agosto de 2011*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil [Marco Civil da Internet no Brasil ou, simplesmente, Marco Civil]. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei de Imprensa. Adequação da Ação. ADPF n. 130. Relator: ministro Ayres Britto. 30 abr. 2009. *DJe*, Brasília, v. 208, 6 nov. 2009. Inteiro teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 28 maio 2011 [ADPF 130].

_____. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451 – Distrito Federal*. Incisos II e III do Art. 45 da Lei 9.504/1997. 2 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1275144>>. Acesso em: 28 maio 2012.

CANADÁ. Supreme Court of Canadá. *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61. 22 dec. 2009. Disponível em: <<http://canlii.ca/t/27430>>. Acesso em: 28 maio 2012.

CHEUNG, Anne Sy. Rethinking public privacy in the internet era: a study of virtual persecution by the internet crowd. *The Journal of Media Law*, Oxford, v. 1, n. 2, p. 191-217, 2009.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

DOUZINAS, Costas. Identity, recognition, rights or what can Hegel teach us about human rights. *Journal of Law and Society*, Cardiff, v. 29, n. 3, p. 379-405, 2002.

DOWNEY, Tom. China's cyberposse. *The New York Times*, Nova York, 3 mar. 2010. Disponível em: <www.nytimes.com/2010/03/07/magazine/07Human-t.html?page_wanted=all>. Acesso em: 28 maio 2012.

EDWARDS, Lilian. *Role and responsibility of the internet intermediaries in the field of copyright and related rights*. Report Commissioned by the World Intellectual Property Organization. Geneva, 2011. Disponível em: <www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf>. Acesso em: 28 maio 2012.

EUA. Court of Appeals for the Fourth Circuit. *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), cert. denied, 524 U.S. 937 (1998). 12 nov. 1997.

_____. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). 9 mar. 1964.

_____. White House. *Consumer data privacy in a networked world: a framework for protecting privacy and promoting innovation in the global digital economy*. 23 fev. 2012. Disponível em: <www.whitehouse.gov/sites/default/files/privacy-final.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

FISHER III, William W. *Promises to keep: technology, law, and the future of entertainment*. Stanford: Stanford University Press, 2004.

FISKE, John. *Television culture*. Londres: Methuen, 1987.

GEIST, Michael. The shift toward "targeting" for internet jurisdiction. In: TIERER, Adam D. (Ed.). *Who rules the net?: Internet governance and jurisdiction*. Washington: Cato Institute, 2003. p. 91-118.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HAJE, Lara; ARAÚJO, Newton. Anteprojeto de proteção de dados pessoais deverá chegar à Câmara em breve. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: <www2.camara.gov.br/agencia/noticias/CONSUMIDOR/414416-ANTE_PROJETO-DE-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-DEVERA-CHEGAR-A-CAMARA-EM-BREVE.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

HONG KONG. Court of Appeal. *Campbell Richard Blakeney-Williams and Others v. Cathay Pacific Airways Ltd and Another* [2010] HKCA 397. 24 dec. 2010. Disponível em: <www.hklii.hk/cgi-bin/sinodisp/eng/hk/cases/hkca/2010/397.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

LEMONS, Ronaldo; PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso; BRANCO, Sergio. Responsabilidade civil na internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. *Revista de Direito das Comunicações*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 80-98, jan./jun. 2010.

LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet no Brasil. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 32, n. 115, p. 87-98, abr. 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace*, version 2.0. Nova York: Basic Books, 2006.

PESSOA, Fernando. *Obra poética*. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1976.

REINO UNIDO. Court of Appeals of England and Wales. *Byrne v. Deane* [1937] 1 KB 818. 1937.

_____. Court of Appeals of England and Wales. *Emmens v. Pottle* [1886] LR 16 QBD 354. 1886.

_____. Defamation Act 1996 (Chapter 31). An Act to amend the law of defamation and to amend the law of limitation with respect to actions for defamation or malicious falsehood. 4 jul. 1996. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/31/contents>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). *Bunt v. Tilley & Ors.* [2006] EWHC 407 (QB). 10 mar. 2006a. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2006/407.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). *Davison v. Habeeb & Ors.* [2011] EWHC 3031 (QB). 25 nov. 2011 [*Davison*]. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2011/3031.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). *Godfrey v. Demon Internet Limited* [1999] EWHC QB 244. 26 Mar. 1999a [*Godfrey*]. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1999/244.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). *Metropolitan International Schools Ltd. (t/a Skillstrain and/or Train2game) v. Designtecnica Corp (t/a Digital Trends) & Ors.* [2009] EWHC 1765 (QB). 16 jul. 2009. Disponível em: <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2009/1765.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). *Tamiz v. Google Inc Google UK Ltd* [2012] EWHC 449 (QB). 2 mar. 2012b. [*Tamiz*] Disponível em: <www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/QB/2012/449.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. House of Lords. *Campbell v. MGN Ltd* [2004] UKHL 22. 6 may 2004. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/22.html> Acesso em: 28 maio 2012.

_____. House of Lords. *Jameel & Ors. v Wall Street Journal Europe Sprl* [2006] UKHL 44. 11 oct. 2006b [*Jameel*]. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/44.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. House of Lords. *Reynolds v. Times Newspapers Ltd and Others* [1999] UKHL 45. 28 oct. 1999b [*Reynolds*]. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/45.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. Judicial Committee of the Privy Council. *Seaga v. Harper* (Jamaica) [2008] UKPC 9. 30 jan. 2008. Disponível em: <www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2008/9.html> Acesso em: 28 maio 2012.

_____. Ministry of Justice. *The government's response to the report of the Joint Committee on the Draft Defamation Bill.* feb. 2012a. Disponível em: <www.justice.gov.uk/downloads/publications/policy/moj/government-response-draft-defamation-bill.pdf>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. *The electronic commerce (EC directive) regulations 2002.* 30 jul. 2002. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2013/contents/made>. Acesso em: 28 maio 2012.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione.* 2. ed. Roma; Bari: Laterza, 2004.

SCHWARTZ, Paul M. Privacy and democracy in cyberspace. *Vanderbilt Law Review*, Nashville, v. 52, p. 1609-1701, 1999.

TAYLOR, Charles. *Hegel.* Cambridge: Cambridge University Press, 1975.

THOMPSON, Marcelo. Privacidade e direitos autorais no Marco Civil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 12 jul. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-jul-12/responsabilidade-privacidade-direitos-autorais-marco-civil>.

_____. Privacy and normativity: norms-setting in the public interest. 2012. (em fase de pré-publicação).

_____. Razoabilidade na rede: além da neutralidade. *Observatório da Imprensa*, São Paulo, n. 693, 8 maio 2012. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed693_razoabilidade_na_rede_alem_da_neutralidade>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. The neutralization of harmony: the problem of technological neutrality, East and West. *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Boston, v. 18, n. 2, spring 2012. No prelo.

UNIÃO EUROPEIA. Court of Justice of the European Union. *L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others*. Reference for a preliminary ruling: High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division — United Kingdom. 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0324&lang1=en&type=NOT>>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. *Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno* (“Diretiva sobre o comércio electrónico”). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 28 maio 2012.

_____. European Court of Human Rights. *Von Hannover v. Germany* - 59320/00 [2004] ECHR 294. 24 jun. 2004. Disponível em: <www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2004/294.html>. Acesso em: 28 maio 2012.

URBAN, Jennifer M.; QUILTER, Laura. Efficient process or “chilling effects”? Takedown notices under section 512 of the Digital Millennium Copyright Act. *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Santa Clara, v. 22, n. 4, p. 621-693, 2006.

Anexo

Sugestões para modificação da dinâmica de responsabilidade civil do Marco Civil da Internet no Brasil

Seção III

Da responsabilidade do provedor de aplicações de internet

Art. 14

O provedor de aplicações de internet não será responsabilizado por dano decorrente de conteúdo tornado disponível a pedido de um usuário de suas aplicações, desde que:

- i) o provedor não tenha conhecimento efetivo de que disponibiliza o conteúdo e dos fatos e circunstâncias dos quais a ilicitude do conteúdo aparentemente resulta;
- ii) o provedor, tendo conhecimento efetivo dos elementos mencionados no inciso i, atue com diligência para, nos momentos definidos neste artigo, tornar indisponível o acesso ao conteúdo.

§ 1º Em se tratando de aparente violação de direitos da personalidade, o provedor deverá tornar indisponível o acesso ao conteúdo tão logo, por iniciativa própria ou pelo recebimento de alegação verossímil, tenha conhecimento efetivo da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

§ 2º Em se tratando de aparente violação de direitos patrimoniais, disponíveis ou não, o provedor deverá tornar indisponível o acesso ao conteúdo mediante recebimento de intimação judicial ou de notificação por autoridade competente para fazê-lo.

§ 3º Nas hipóteses do § 2º, o provedor não poderá remover o conteúdo ou tornar indisponível o acesso ao mesmo senão quando for intimado ou notificado para fazê-lo nos termos do referido dispositivo, ou de acordo com o § 5º do art. 15.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, o provedor não responde pela correção jurídica de seu juízo, mas deve envidar seus melhores esforços para apreciar os fatos e circunstâncias de que tenha conhecimento, de acordo com o que se pode

esperar de um agente responsável do processo comunicativo, levando em consideração, na aferição da verossimilhança das alegações:

- I — a seriedade das mesmas;
- II — a importância pública do conteúdo;
- III — a urgência na veiculação do conteúdo;
- IV — a reputação e a confiabilidade das partes;
- V — quaisquer outras considerações relevantes.

§ 5º Nos casos de fundado receio de violação de honra objetiva, o provedor deverá levar em consideração, ainda:

- VI — se a versão da vítima aparente do conteúdo foi buscada e adequadamente reportada;
- VII — se a inclusão do conteúdo aparentemente difamador foi justificável;
- VIII — se o interesse público no conteúdo aparentemente difamador repousa no fato de que esse foi reportado, em vez de em sua veracidade.

§ 6º Em qualquer caso em que a violação de direitos possa ser sanada pela retificação e posterior restabelecimento do conteúdo, esses serão preferidos à mera remoção, ressalvado o direito do provedor de prevenir reincidência na violação de seus termos de uso.

Seção IV

Das comunicações sobre conteúdo controverso

Art. 15

O provedor de aplicações de internet deve oferecer de forma ostensiva ao menos um canal eletrônico dedicado ao recebimento de notificações e contranotificações sobre conteúdo apontado como infringente.

§ 1º É facultado ao provedor criar mecanismo automatizado para promover o envio e o recebimento das comunicações de que cuida o *caput*.

§ 2º A apreciação das comunicações pelo provedor, porém, deverá ser feita de forma refletida e responsável, nos termos do artigo 14.

§ 3º As comunicações deverão conter, sob pena de invalidade:

I — identificação da parte que solicita a remoção ou o restabelecimento do conteúdo, incluindo seu nome completo, seus números de registro civil e fiscal e dados atuais para contato;

II — identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material;

III — descrição da relação existente entre a parte solicitante e o conteúdo apontado como infringente;

IV — justificativa jurídica para a remoção ou o restabelecimento.

§ 4º Ao tornar indisponível o acesso ao conteúdo, caberá ao provedor de aplicações informar o fato ao usuário responsável pela publicação, comunicando-lhe o teor da comunicação que deu causa à indisponibilização, nos casos em que o usuário responsável seja identificável.

§ 5º Caso o usuário responsável pela publicação não seja identificável ou não possa ser localizado, e desde que presentes os requisitos de validade da notificação, cabe ao provedor de aplicações manter ou, nos casos do § 2º do art. 14, promover o bloqueio.

§ 6º É facultado ao usuário responsável pela publicação, observados os requisitos do § 3º, contranotificar o provedor de aplicações, requerendo a manutenção do conteúdo e assumindo responsabilidade por eventuais danos causados ao notificante ou a terceiros.

§ 7º O provedor de aplicações deve apreciar a contranotificação com a mesma diligência dedicada à apreciação da notificação, nos termos do art. 14.

§ 8º Nos casos em que, apreciadas ambas as comunicações, a ponderação, pelo provedor, dos direitos invocados pelas partes penda em favor da liberdade de expressão do usuário responsável pela publicação, deverá o provedor restabelecer o acesso ao conteúdo indisponibilizado nos termos do § 1º do art. 14 e informar ambas as partes sobre o restabelecimento.

§ 9º Qualquer outra pessoa interessada, física ou jurídica, observados os requisitos do § 3º, poderá contranotificar o prestador de aplicações, assumindo responsabilidade pelo estabelecimento do conteúdo.

§ 10º O provedor deve manter registro íntegro e completo das comunicações e da motivação de suas decisões sobre as mesmas durante o prazo a que se refere o art. 12 e nas condições de segurança e sigilo nele mencionadas.

Art. 16

Tanto o notificante quanto o contranotificante respondem, nos termos da lei, por abuso de direito ou má-fé refletidos em suas comunicações.