

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

RESENHAS

REGULAÇÃO DA INTERNET E PROMOÇÃO DE DIREITOS E LIBERDADES CIVIS

Internet regulation and promotion of rights and civil liberties

Resenha de MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

Fabiano Pinto de Magalhães

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC-Rio. Professor da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado – ESAP/PGE-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro

O professor Guilherme Magalhães Martins publica, sob sua coordenação, o livro *Direito privado e Internet*, que, formado pela coletânea de artigos de renomados autores, aborda a relação entre Direito e Internet em diversas situações possíveis. A obra, atenta aos novos desafios e interesses e às novas situações jurídicas, existenciais e patrimoniais, surgidos pelo uso da Internet, propõe questionamentos e reflexões fundamentais, abordando as mais recentes inovações normativas ou propostas de alterações legislativas, como o Projeto de Lei do Senado nº 281/2012 (que acrescenta dispositivos ao Código de Defesa do Consumidor sobre o comércio eletrônico), o Decreto nº 7.962/2013 (que regulamenta o CDC para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico) e a Lei nº 12.965/2014 (que institui o chamado Marco Civil da Internet).

O lançamento não poderia se dar em momento mais oportuno, pois coincide com a promulgação do Marco Civil da Internet, marco regulatório que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O Marco Civil, constituído a partir de um amplo e inovador processo de participação e deliberação populares realizado na Internet, representa um modelo civil de regulação – que o diferencia qualitativamente de anteriores propostas de regulação penal, mediante a criminalização de certas condutas, como a chamada lei Azeredo –, com inegável carácter principiológico e enunciativo de direitos civis.

O texto normativo dispõe sobre relevantíssimas questões, entre as quais se destacam a liberdade de expressão, a neutralidade da rede, a privacidade e a proteção de dados pessoais, o direito de acesso à Internet a todos e o regime próprio de responsabilidade civil.

Desde a sua elaboração, alguns pontos são objeto de intensas discussões quanto a constitucionalidade, adequação, âmbito de incidência e extensão: neutralidade, pacotes de dados e liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet; privacidade, proteção de dados pessoais, consentimento informado e a inadequação dos modelos tradicionais de sua obtenção; diversidade dos regimes de guarda de registros de conexão e de guarda de registros de acesso a aplicações da Internet; e o regime de responsabilidade civil do provedor de conexão à Internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Não há dúvida de que os problemas não se encerram por aqui. Diante da incapacidade de previsão de todas as hipóteses fáticas, o legislador corretamente fugiu da técnica regulamentar e recorreu ao modelo de princípios e cláusulas gerais para estabelecer um texto normativo dotado de maior vagueza e abertura semântica, que lhe garantem maior potencialidade expansiva para aplicar-se a situações não previstas ou que sequer surgiram.

No âmbito da Internet, é ainda maior a possibilidade de surgimento de novas situações, antes não imaginadas, que, malgrado a inexistência de previsão legislativa específica, devem merecer a atenção do Direito, cabendo ao intérprete buscar no ordenamento jurídico soluções para eventuais conflitos.

De fato, a criação da Internet potencializou o desenvolvimento da denominada Sociedade da Informação, cujas específicas características (como a lógica de redes aberta, descentralizada e não hierárquica, a penetrabilidade social dos efeitos das novas tecnologias, a aproximação virtual e a interatividade) contribuíram para a produção de significativos impactos nas diversas formas de interação social e em todas as esferas da atividade humana.

A Era da Informação impõe, assim, um novo paradigma, transformando os padrões gerais de comunicação e o padrão de comportamento esperado e modificando as formas de organização, processamento e intercâmbio de informação, através de uma infraestrutura de redes sociais e mídia. No entanto, diante da incapacidade da atenção humana a todo o volume extraordinário de informação, alerta-se quanto aos inevitáveis encurtamentos e simplificação das mensagens eletrônicas, em prejuízo da transmissão de ideias profundas que demandem reflexão e contemplação críticas.

A imensa facilidade de conexão com outras pessoas e de formação de comunidades, a velocidade e o amplo alcance para pesquisa e conhecimento, e as inúmeras alternativas de diversão e entretenimento são apenas outras funcionalidades desta nova ferramenta tecnológica.

Mas a Internet não se restringe a isto. Ela constitui importante meio de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e, ainda, uma das principais formas de acesso à informação, com reflexos nas mídias tradicionais. Há pesquisa, por exemplo, que indica que aproximadamente 40% dos jovens americanos com menos de 30 anos se informam e obtêm acesso a notícias principalmente através de redes sociais.

Este fato demonstra a necessidade de garantia da Internet como espaço livre, aberto e democrático de manifestação de pensamentos, opiniões e ideias e difusão de conhecimento e informação, em ordem a favorecer um amplo debate público e novas modalidades de ação e participação políticas e de controle do Poder Público.

A revolução tecnológica provoca transformações, ainda, na economia e na cultura, constituindo nova plataforma para transações comerciais e consumo e permitindo novos modelos de negócios e de criação e difusão de conhecimento.

Há, portanto, necessidade de adequada regulação jurídica da Internet para manter suas características originais de abertura e liberdade, com vistas à tutela e promoção da pessoa humana.

Ciente deste rico e complexo cenário, a obra não se restringe ao Marco Civil e analisa outros temas atuais e sensíveis sobre o ambiente virtual, e se propõe a fomentar valiosas reflexões e sugerir possíveis soluções. O livro é estruturado em três grandes partes: (i) situações jurídicas existenciais na sociedade da informação; (ii) a proteção do consumidor na Internet; e (iii) direitos autorais e tecnologia.

O artigo de abertura da coletânea (*O direito ao esquecimento na Internet*), de autoria de Guilherme Magalhães Martins, aborda o atual e difícil tema do direito ao esquecimento na Internet, e procura investigar se seria justo permitir que os usuários apaguem para sempre seus rastros na rede. Este problema é potencializado pela utilização de técnicas de rastreamento de dados, sem autorização de seu titular, e pelo fato de a Internet estar cada vez mais personalizada e vigiada, somados à maior capacidade de memorização e armazenamento de dados. Segundo o autor, “deve haver uma ponderação de interesses entre o direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa, somente podendo ocorrer o seu reconhecimento caso se trate de ofensa suficientemente grave à pessoa humana, de modo a restringir a disseminação de determinada informação. (...) A utilidade informativa da divulgação da notícia, portanto, deve ser sopesada com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida”, ganhando importância a possibilidade de aplicação do princípio da precaução e da execução específica das obrigações para garantir o “direito de não ser vítima de danos”.

Em *O discurso do ódio na Internet*, Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Antonio dos Reis Silva Jr. analisam as principais decisões judiciais já proferidas sobre o assunto e procuram responder três questões fundamentais no âmbito da responsabilidade civil: (i) *ohate speech* gera dano indenizável?; (ii) o discurso do ódio constitui dano extrapatrimonial individual e/ou coletivo?; (iii) a resposta dada pelo ordenamento deve ser por reparação ou alguma sanção civil específica? Em caso de discurso de ódio proferido contra grupo ou classe de pessoas, propõe um modelo sancionatório/punitivo, com tipo específico de reparação, através de pagamento de sanção pecuniária, sem prejuízo da possibilidade de tutela inibitória e de medida alternativa de reparação, como a atribuição de direito de resposta.

Danilo Doneda, em *O direito fundamental à proteção de dados pessoais*, apresenta os principais aspectos relativos à proteção de dados pessoais, que merece reconhecimento como direito autônomo e fundamental no Direito brasileiro, como expressão direta da personalidade. A proteção dos dados pessoais, como novo degrau da privacidade, constitui vínculo objetivo que permite a tutela de outros interesses, circunstância particularmente interessante diante do surgimento de mais riscos em meio digital e do novo paradigma do *big data*. Por fim, o autor aponta recentes alterações legislativas significativas

desta lógica, como a Lei nº 12.414/2011 (lei do cadastro positivo) e a Lei nº 12.527/2011 (lei de acesso à informação).

Por sua vez, Helen Cristina Leite de Lima Orleans (*Infidelidade virtual e exposição da vida privada na Internet*), analisa, com base em criteriosa pesquisa doutrinária, a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil por descumprimento dos deveres conjugais em ambiente virtual (redes sociais e *chats*, por exemplo). Considerados o fim da culpa na separação e o risco de que a condenação ao pagamento da reparação possa acirrar os ânimos entre os cônjuges (ou companheiros), defende que a mera violação do dever de fidelidade não basta para causar danos morais, sendo necessária a verificação de circunstância mais grave que viole um dos corolários da dignidade da pessoa humana, tal como a hipótese de exposição da vida privada.

No artigo subsequente (*Marco civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*), João Victor Rozatti Longhi formula, quanto ao regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet, firme crítica à necessidade de notificação judicial, ao argumento de que, embora esta exigência busque evitar a retirada indevida de conteúdo unilateralmente por parte dos intermediários da Rede, “acaba por deixar desprotegida a vítima de violações à sua personalidade, uma vez que terá que buscar o judiciário para ver resguardado seu direito à imagem, honra, privacidade, identidade etc”.

Em *Liberdade de expressão, Internet e signos distintivos*, Pedro Marcos Nunes Barbosa defende que a proibição de uso de signos distintivos em manifestações culturais mostra-se desproporcional ao texto constitucional. Assim, considerando que a Internet contribui para a majoração das possibilidades de uso destes signos, o conflito entre interesses existenciais culturais e interesses patrimoniais proprietários deve ser solucionado em favor dos primeiros, com vistas à difusão da cultura, ao acesso ao conhecimento e ao aumento da produção intelectual.

Thaita Campos Trevizan realiza comprometida pesquisa sobre “*a tutela da imagem da pessoa humana na Internet na experiência jurisprudencial brasileira*”, revisitando os conceitos de imagem-retrato, imagem-atributo e direito à identidade pessoal, com destaque para as dificuldades de sua proteção na rede e para os principais julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Antonia Espíndola LongoniKlee (*O conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor nos contratos eletrônicos: algumas reflexões*) alerta, de seu turno, para a necessidade de adaptar o conceito de estabelecimento empresarial, de modo a garantir adequada proteção do consumidor na Internet. Após detalhar suas características específicas e reconhecer que “o estabelecimento virtual é apenas uma representação do estabelecimento empresarial constituído no mundo físico”, propugna por uma especial tutela ao direito à informação e ao direito ao arrependimento do consumidor.

Duas questões fundamentais são objeto da análise de Fernanda Nunes Barbosa (*Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta*): (i) quais os limites do marketing direto?; e (ii) há um direito do consumidor à não-informação? Diante da proliferação abusiva de bancos de dados digitais, considerados o tipo de dado coletado e a forma de sua divulgação, bem como a prática de condutas como o *spam*, a autora defende o direito do consumidor à não informação para protegê-lo contra a venda de cadastro (que viola sua privacidade e permite o enriquecimento sem causa do fornecedor), a publicidade agressiva e o assédio de consumo.

O uso da Internet na prestação de serviços médicos é o tema de Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, que examina a viabilidade e os questionamentos jurídicos concernentes ao uso da Internet para serviços médicos de fornecimento e pesquisa de informações, de consultas médicas à distância (telemedicina) e de envio de dados (de prontuários, exames e consultas). Para a autora, a utilização da Internet como fonte de consulta acarreta risco à relação de confiança entre médico-paciente, cuja solução pode ser a técnica de certificação de *sites* e aplicação das normas deontológicas, de acordo com a axiologia constitucional. A telemedicina deve ser ministrada de forma restrita e cautelosa, comprovada real necessidade e urgência, diante dos riscos à obtenção do consentimento livre e esclarecido e de despersonalização da relação médico-paciente. Por fim, a autora ressalta a necessidade de observância do segredo e sigilo profissionais, de rigoroso controle e de elevadas preocupações técnicas quanto ao envio eletrônico de informações de prontuários, exames ou consultas, os quais contem dados sensíveis do paciente, cujo conhecimento por terceiros pode provocar graves danos a seus interesses existenciais.

Em *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*, Pedro Modenesi examina os chamados contratos por clique (e problemas relacionados ao consentimento e à despersonalização do contrato eletrônico), bem como a

acentuada vulnerabilidade do ciberconsumidor (em razão das disparidades econômica e tecnológica e da deficiência informativa). Por tais motivos, reitera a necessidade de regulação legislativa específica para o comércio eletrônico e sugere, ainda, a adoção de mecanismos *online* de resolução de conflitos.

Renato Porto, no artigo intitulado *Pequenos navegantes: a influência da mídia nos hábitos de consumo do público infanto-juvenil*, demonstra preocupação quanto à necessidade de tutela especial do público infantil e de supervisão da atividade profissional, considerando, após analisar casos concretos, solução adequada a autorregulamentação da publicidade realizada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR.

Vinícius Klein escreve sobre *As contratações eletrônicas interempresariais e o princípio da boa-fé objetiva: o caso do EDI*. O artigo focaliza os desafios surgidos com a utilização mais frequente do EDI (Intercâmbio Eletrônico de Dados ou *Electronic Data Interchange*) – cujos requisitos para contratação são a forma padronizada, o intercâmbio entre sistemas e a comunicação eletrônica – e as possíveis soluções dadas pelo princípio da boa-fé objetiva. Segundo o autor, a aplicação da boa-fé objetiva, embora de forma diversa, aos contratos empresariais paritários, impõe adequado padrão de confiança e de responsabilidade contratual aos contratos relacionais por EDI.

No artigo *A tutela do consumidor e o comércio eletrônico coletivo*, Gabriel Rocha Furtado e Vitor de Azevedo Almeida Júnior examinam o regime jurídico das compras coletivas – contrato cuja essência é formada pelo tempo limitado para a compra e pelo número mínimo exigido de compradores, aos quais devem ser somadas a finalidade econômica e a natureza de risco inerente –, bem assim a jurisprudência formada até o momento e as leis estaduais promulgadas. Nestes casos, a responsabilidade civil seria objetiva e solidária do anunciante dos produtos e serviços e dos *sites* de compra coletiva, visto que todos integram a cadeia de fornecimento. Outro aspecto importante relacionado a estes negócios diz respeito ao conteúdo e à extensão do dever de informação dos provedores intermediários, que, em razão do tempo de duração da oferta para conclusão do contrato coletivo, devem, de forma mais rigorosa, prestar informações adequadas e precisas, bem como respeitar o direito de arrependimento do consumidor.

O artigo de encerramento da segunda seção do livro (*Cultura, revolução tecnológica e os direitos autorais*, de Allan Rocha de Souza) examina, com profundidade, o

papel do Estado em relação às transformações tecnológicas, bem como os demais fatores institucionais, econômicos e culturais que influenciam o processo histórico do desenvolvimento tecnológico. Em seguida, analisa a sua importância no desenvolvimento das tecnologias de informação, processamento e comunicação (que atualmente possuem penetração em todos os domínios da vida humana) e na permissão ou restrição, mediante técnicas de incentivos ou controle, de novos modelos econômicos e de comunicação.

Carlos Affonso Pereira de Souza inaugura a Parte III (Direitos Autorais e Tecnologias) com o artigo *Direitos autorais, tecnologia e transformações na criação e no licenciamento de obras intelectuais*. Segundo o autor, o desenvolvimento tecnológico favoreceu o enfraquecimento do dogma de que a outorga de exclusividade (associada à remuneração) seria o único instrumento de fomento da função promocional do direito autoral de estímulo à criação. A função social dos direitos autorais de desenvolvimento da cultura e acesso ao conhecimento pode ser realizada pela tutela dos direitos morais do autor, afastando-se, ainda, da indevida associação entre direitos autorais e o direito de propriedade. A realização da função promocional e da função social deveria, então, estar atenta aos reflexos da tecnologia atualmente disponível, no sentido de criar novas formas de acesso e garantir níveis adequados de proteção ao autor. Neste contexto, ganham importância as obras colaborativas (que permitem a terceiros maior liberdade em utilizar), os novos modelos abertos de negócios e as licenças gerais públicas, que provocaram relevantes transformações na necessidade de autorização prévia e expressa, permitindo o surgimento de software livre *ecreativecommons*.

Cláudio Lins de Vasconcelos (*As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro*) analisa as limitações aos direitos autorais, que permitem o uso livre, sem anuência prévia do autor, ainda dentro do prazo legal de proteção. Segundo o artigo, esta análise deve-se pautar pelas premissas de que o *copyright* existe em função de sua finalidade social e de que o conteúdo da função social do direito autoral consiste em estimular a criação intelectual e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão.

Em *Plágio e Internet*, Helder Galvão, após diferenciar os conceitos de plágio, usurpação e contrafação, advoga a adoção dos critérios da individualidade, criatividade e originalidade para identificação do plágio, que seria o “aproveitamento indevido de uma obra original, com a dissimulação desse aproveitamento”. Em seguida,

discorre sobre os testes das semelhanças e a aplicação dos filtros, examina casos de plágio conhecidos internacionalmente e, ao final, justifica a adoção de um regime próprio de responsabilidade civil aos provedores de conteúdo digital, ante a dificuldade de identificação das hipóteses, não raro sutis, de plágio.

Por fim, Sérgio Branco apresenta estudo sobre *As licenças Creative Commons*. Segundo o autor, considerando que a revolução tecnológica tornou insuficientes os modelos de proteção dos direitos autorais, teria maior eficácia a criação de licenças uniformes que permitem ao usuário identificar os direitos atribuídos e autorizam a coletividade a usar as obras dentro dos limites das licenças. Estas licenças públicas gerais – das quais a licença *Creative Commons* é uma espécie – garantem a adequada proteção aos direitos autorais, o acesso à cultura e o exercício da criatividade, incentivando o desenvolvimento de modelos participativos.

A variedade de temas analisados nos trabalhos reunidos em *Direito privado e Internet* revelam a riqueza e complexidade das discussões atuais neste campo, cujo rol é frequentemente ampliado pelo surgimento de novos casos, entre os quais, a realidade do *big data* (e os desafios à privacidade e à proteção de dados pessoais), a chamada Internet das Coisas e a ubiquidade tecnológica (acompanhadas de riscos de monitoramento, vigilância e à segurança), o *bitcoin* (a moeda gerada e trocada de forma digital) e novas formas de uso compartilhado de bens. Em qualquer destas hipóteses, independentemente da existência de previsão legislativa específica, é missão do jurista buscar soluções baseadas em uma regulação jurídica adequada para garantia de direitos e liberdades individuais, com vistas à tutela e promoção da pessoa humana.