

Galileu

Revista de Economia e Direito

Vol. XVII, n.º 1 / n.º 2, 2012



Departamento de Ciências Económicas e Empresariais
Departamento de Direito

DIRECTOR	DIOGO LEITE DE CAMPOS
DIRECÇÃO EXECUTIVA	MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE
CONSELHO EDITORIAL	ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL ALFONSO SERRANO MAÍLLO ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS AUGUSTO MATEUS CONSTANÇA URBANO DE SOUSA DANIEL FREIRE E ALMEIDA DAVID TERRACINA FÉLIX RAMÓN DOLDAN TIÉ JORGE CARLOS FONSECA JOSÉ GARCÍA SAN PEDRO MANUEL JOSÉ SELVA DOMÍNGUEZ NIEVES SANZ MULAS PEDRO EUGENIO LÓPEZ SALAZAR

Galileu – Revista de Economia e Direito

Universidade Autónoma de Lisboa
Departamento de Ciências Económicas e Empresariais
Departamento de Direito

EDITORA

EDIUAL – Universidade Autónoma Editora
Rua de Santa Marta, n.º 56
1169-023 Lisboa
Tel.: 213 177 640
Email: biblio@universidade-autonoma.pt

PROPRIEDADE

CEU – Cooperativa de Ensino Universitário, C. R. L.
Rua de Santa Marta, n.º 47
1169-023 Lisboa
Tel.: +351 213 177 600/46 Fax: +351 213 533 702
N.I.F.: 501 641 238

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Laura Santos

Revisão da responsabilidade dos autores.

DESIGN | COMPOSIÇÃO GRÁFICA

Samuel Ascensão

IMPRESSÃO

–

ISSN

0873-495X

DEPÓSITO LEGAL

101650/96

E.R.C. (N.º de Registo)

120130

TIRAGEM

300 Exemplares

Galileu : revista de economia e direito / prop. Universidade Autónoma de Lisboa - Departamento de Ciências Económicas e Empresariais, Departamento de Direito; dir. Eduardo de Sousa Ferreira. –Vol. 1, n.º 1 (1996) - - Lisboa: UAL, 1996- . - 23 cm. - A figura de director da publicação deixa de existir a partir do v. 6, n.l (2001). v. XI, n02 (2006) volta a ter director - Diogo Leite de Campos. Alteração do n.º de D.L. a partir do v. 7, n.l (2002).

Semestral

ISSN 0873-495X

1. Direito - Periódicos. 2. Economia - Periódicos I. Universidade Autónoma de Lisboa. Departamento de Ciências Económicas e Empresariais. Departamento de Direito

CDU 33/34

Índice

Apresentação	5
Diogo Leite de Campos	
Eduardo C. B. Bittar	
Direitos Humanos e globalização: novas perspectivas de trocas culturais	7
Fábio de Sá Cesnik	
Priscila Akemi Beltrame	
Regulação do ciberespaço, fronteiras virtuais e liberdade: desafios globais e atuais	37
Eduardo C. B. Bittar	
O direito ao bom nome e à reputação e a “Internet”	81
Diogo Leite de Campos	
Daniel Freire e Almeida	
Fundamentos constitucionais do meio @mbiente digit@l no direito brasileiro em face da sociedade da informação	147
Celso Antonio Pacheco Fiorillo	
Derecho al olvido y la creación de derechos	207
José Eugenio Soriano García	
Dignidade da pessoa humana e os riscos eletrônicos	283
Newton De Lucca	
Jurisdição civil em delitos jus-personalísticos na Internet: o acórdão eDate Advertising do Tribunal de Justiça da União Europeia	313
Alexandre Libório Dias Pereira	

Projetos de lei brasileiros para a regulação da Internet333

Apresentação

DIOGO LEITE DE CAMPOS
EDUARDO C. B. BITTAR

A gênese desta obra partiu da generosa e convidativa proposta à reflexão trazida pelo Eminentíssimo Professor Diogo Leite de Campos. A questão era já instigante, seja por seu propósito, seja por seu desafio. Em sua proposta, esporeia à discussão um tema de mais alta relevância, bem como de indeclinável atualidade. Atrair a discussão dos direitos humanos para a dimensão da *internet*, dos meios eletrônicos, das novas tecnologias, compreendendo as questões que decorrem da relação entre dignidade da pessoa humana e espaço virtual. É assim que em torno dessa proposta se aninham os eminentes autores que, aos poucos, foram aderindo à proposta do trabalho, e que aceitaram colaborar com a iniciativa com o mesmo ímpeto inusitado com o qual ela surgiu. Dando condições para uma colaboração ultramarina, na linha dos debates luso-brasileiros em torno do tema, e conhecendo-se o estado avançado dos estudos existentes em Portugal e no Brasil sobre a matéria, a aventura da investigação trouxe novo fôlego e renovada oportunidade para contornar a discussão dentro de inúmeros de seus enfoques, fazendo do pluralismo e de perspectivas abertas de análise a sua maior virtude. Para tamanha tarefa contida no propósito da obra, somente se poderia chegar a tecê-la caso fosse fruto de um esforço coletivo, que conta com especialistas de elevada qualidade para cada uma destas formas de abordagem.

Tratar da dignidade da pessoa humana é uma tarefa de especial importância, quando se trata de conhecer dificuldades e desafios

contemporâneos à sua realização, proteção e dimensionamento. Sem um pacto renovado por sua proteção e cultivo – sabe-se bem que na vigilância cívica pelos direitos tem-se uma das mais importantes tarefas da cidadania, em seu sentido cada vez mais afigurado como *weltbürger* – torna-se impossível atualizar os propósitos lançados pelas normativas em torno do tema. Os direitos humanos não foram revogados pelo ciberespaço, mas precisam ser claramente dimensionados na compreensão de que estas fronteiras, sem dúvida, romperam paradigmas e criaram novos desafios para sua compreensão, efetivação e reconhecimento. Fica assim claro que o desenvolvimento de uma cultura dos direitos humanos, que é um dos propósitos constitutivos da própria obra, não pode ser pensado atualmente senão à luz da ‘sociedade digito-cêntrica’ e seus inerentes desafios.

Portugal, Coimbra, 21 de setembro de 2012.

Diogo Leite de Campos

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Brasil, São Paulo, 21 de setembro de 2012.

Eduardo C. B. Bittar

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Direitos Humanos e globalização: novas perspectivas de trocas culturais

FÁBIO DE SÁ CESNIK¹
PRISCILA AKEMI BELTRAME²

Introdução

Dentro da perspectiva histórica dos direitos humanos, a Declaração Universal de 1948 foi crucial para sua consolidação, em decorrência do movimento de internacionalização dos direitos no pós-guerra como resposta concertada às atrocidades no nazismo³. Reconheceu-se, assim, formalmente, um referencial ético a orientar as políticas internas e externas das sociedades modernas, indicando um horizonte no qual se deveriam buscar condições para o desen-

¹ Advogado, possui graduação pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É co-autor, juntamente com Priscila Akemi Beltrame, do livro “Globalização da Cultura” e autor do livro “Guia do Incentivo à Cultura”, ambos publicados pela Editora Manole, entre outros. Atua na advocacia em São Paulo.

² Advogada, é Mestre em direitos humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é doutoranda em direito penal pela mesma faculdade. Tem especialidade em relações internacionais pela *London School of Economics* e pela *Universidad Autónoma de Barcelona*. É co-autora, juntamente com Fábio de Sá Cesnik, do livro “Globalização da Cultura”, publicado pela Editora Manole.

³ Neste sentido, o discurso da acusação na abertura dos trabalhos feito por Robert Jackson: “*the privilege of opening the first trial in history for crimes against the peace of the world imposes a grave responsibility. The wrongs which we seek to condemn and punish have been so calculated, so malignant, and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored, because it cannot survive their being repeated*”.

volvimento de todos os homens e mulheres, dotados que são de dignidade humana.

Se a internacionalização propiciou uma nova gramática aos direitos humanos com a afirmação de sua universalidade e indivisibilidade, a globalização e a atuação virtual sem dúvida favorecem experimentações culturais que impactam a vivência dos direitos humanos na primeira década do segundo milênio. Neste mesmo passo, a colaboração transnacional entre atores não estatais encontra-se no vértice da dinâmica do processo do diálogo intercultural, encontrando nessa cooperação um forte instrumento para fortalecer a aplicação do direito internacional, construindo uma “cultura genuinamente global dos direitos humanos”⁴. Passaremos, assim, a verificar o impacto da ultraconectividade da humanidade sobre os direitos humanos e os reflexos sentidos pela estrutura jurídica que coordena o arcabouço protetivo dos direitos humanos, como uma nova lógica sistêmica, promovendo a internormatividade e intersecções culturais.

I. Internacionalização dos Direitos Humanos e Cultura Global

1.1. Universalização das experiências em direitos humanos

A universalidade do sofrimento, nas palavras de Delmas-Marty, depende de uma verdadeira comunidade humana, emergente de uma ética universal, que, em última instância, levaria até a execução penal das máximas violações pelo direito penal do inumano⁵.

A justiça penal internacional configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o

⁴ Expressão usada por YGNATIEFF, Michel, “Human Rights: The Midlife Crisis”, *New York Review of Books*, Maio, 20, 1999.

⁵ «Chances et risques d’une justice pénale internationale», *Archives de philosophie du droit*, n° 53, 2010, pp. 96-117.

direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada à soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz⁶.

A hospitalidade universal de que nos fala Celso Lafer é um atributo da cidadania, definido por Hannah Arendt como a condição de pertencer a uma comunidade disposta e capaz de lutar pelos direitos de seus integrantes, afirmada na condição de todos os seres humanos serem dotados do “direito a ter direitos”⁷. A violação do direito de um, portanto, repercutiria na violação do direito da própria comunidade, sendo o direito o elemento integrador das relações de base de uma sociedade.

A universalização dos direitos humanos contribuiu em grande medida à própria globalização simbólica do modo de vida que concretiza os pressupostos da dignidade humana⁸. Confere sentido a uma comunidade universal com valores difusos na ordem internacional, orientando os processos de internacionalização das rela-

⁶ Cf. ALVES, José Augusto Lindren, Prefácio à obra *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo: Ed. Perspectiva, 2011, p. XXVI.

⁷ *Origins of Totalitarianism*, Nova Iorque: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993, pp. 299-302.

⁸ Sobre a dificuldade da conceituação de dignidade em direitos humanos, v. Ignatieff, Michel, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton: Princeton University Press, 2001. O autor associa dignidade à capacidade de agência humana, reconhecendo a diversidade do conceito de dignidade conforme os traços culturais de cada sociedade afirmando que “afirmando que as culturas podem então concordar que o que importa é o direito das pessoas em construir sua dignidade de acordo com o que pretendam e não com um conteúdo dado a ela. Dignidade como agência é portanto o mais plural, a definição mais aberta do conceito que consigo pensar. Ainda assim, não consigo evitar o fato de que conectar dignidade com livre agência é mais plausível em algumas culturas do que em outras” (pp. 164-165 ss).

ções entre Estados e entre particulares. Nada mais exemplar, a este respeito, do que o inconformismo com as condições de trabalho nos países periféricos do capitalismo, relativizando na prática a busca pela universalização dos direitos humanos. Nas palavras de Antonio Fernandes, os direitos humanos, “surgindo no contexto de sociedades particulares, adquirem progressivamente um alcance cada vez mais global”. Do local para o global, ou o seu retorno, como se falou a respeito da globalização, o pensar globalmente e agir localmente, conforme Ulrich Beck, com o termo “glocal”.

O chamado ético por trás da construção de uma comunidade global produz avaliações das distintas práticas, tanto de mercado como social ou cultural, com o compartilhamento de discussões sobre uma determinada política em um local em efeitos irradiados para todo o mundo⁹. Assim, a comunidade internacional, por exemplo, em conferências simultâneas dadas em salas de aula em Boston, Xangai e Tóquio, discute se é moralmente aceitável que um preso pague US\$ 90,00 na Califórnia para ficar numa cela particular – no que pareceria a prática das companhias áreas de *upgrade*, *business class*, ou casais americanos contratando barrigas de aluguel na Índia por um terço do preço pago no próprio país, entre outros exemplos trazidos pelo livro

⁹ Nesse sentido, o filósofo Jean Ladrière afirma que “o conceito de direitos humanos, mais uma vez, é indispensável para assegurar a mediação entre as exigências da ética pura, que se referem de maneira direita ao horizonte da universalidade, e a efetividade da vida política, enquanto a mesma tende a inscrever-se em uma ordem jurídica. Encontramos aqui algumas condições de possibilidade da vida democrática. Para que se possam tomar decisões efetivas em uma base democrática, é preciso que sejam dados, ao mesmo tempo, a força da convicção e o espaço da discussão. É preciso que opiniões firmes possam ser formadas e expressas, mas é também preciso que convicções que não tenham o caráter de uma intransigência absoluta, que não tenham a pretensão de levar incondicionalmente todas as vontades a elas mesmas. E, além disso, é preciso que as opiniões possam afrontar-se, mas é preciso também que o confronto não leve ao relativismo puro e simples” (“Droit naturel, droit, éthique”, in *RIEJ*, 1984, 13, n. especial, p 90 e s. *apud* DELMAS-MARTY, *A Imprecisão do Direito*, Barueri: Ed. Manole, p. 285.

de Michael Sandel, *O que o dinheiro não compra – os limites morais do mercado* (Editora Civilização Brasileira). O «mundo» conhece as práticas moralmente criticáveis e discute-as em tempo real com o próprio expoente da crítica ao desvirtuamento moral das práticas capitalistas. A globalização compreende, assim, um meio e um conteúdo para sua própria geração e crítica, em meta-análise: o objeto e o meio, ao promover a interconectividade em escala planetária, os próprios atributos da mesma interconectividade planetária são objeto de análise crítica.

Não basta o conhecimento de práticas criticáveis, mas a prática será tão mais criticável quanto mais for criticada, o que somente é possível pela mundialização das relações, efeito da globalização. Consoante falamos, «a ideia de globalização pode ser organizada como um conjunto de efeitos sociais fundada no trânsito da informação, tendo por alicerce a produção de imagens e controle do imaginário, para o funcionamento da lógica capitalista»¹⁰. Essa cosmovisão global é, sem dúvida, um centro de poder trazido e promovido com a universalização da ética e dos direitos humanos. Num âmbito mais econômico, a globalização é um fenômeno representado pela integração mais estreita dos países e dos povos do mundo, produzida pela enorme redução dos custos de transporte e comunicação, e o desmantelamento das barreiras artificiais aos fluxos de bens, serviços, capitais, conhecimentos e, em menor grau, pessoas através das fronteiras. Suas potencialidades foram amplificadas pelo fato de ter sido acompanhada pela criação de novas instituições internacionais, movimentos da sociedade civil, empresas multinacionais que não apenas movem bens e capitais através das fronteiras, como também fazem mover sua tecnologia¹¹.

A globalização propõe uma nova forma de compartilhamento das vivências e principalmente do conhecimento e luta contra as

¹⁰ Cf. CESNIK, F. e BELTRAME, P., *Globalização da Cultura*, Ed Manole: Barueri, Capítulo I, 2004.

¹¹ Cf. STIGLITZ, Joseph E., *El malestar de la globalización*, Madri: Taurus, 2002, p. 34.

violações dos direitos humanos, promovendo o confronto direto dos padrões erigidos versus as práticas adotadas. Nas palavras de Ulrich Beck, a globalização significa «processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais»¹².

O tráfego dos direitos humanos nas facilidades promovidas pela globalização representam, assim, um novo estágio do processo de desenvolvimento que busca integrar a humanidade. Por outro lado, os direitos humanos não podem prescindir do direito, da formalização neutra dentro de uma estrutura jurídica evitando a busca do consenso a cada confronto, pois “a neutralidade do direito em relação às diferenciações éticas internas explica-se já pelo facto de que, nas sociedades complexas, a totalidade dos cidadãos não pode ser mais unida por um consenso substancial sobre os valores, mas somente por um consenso sobre os procedimentos de instauração legítima do direito e do exercício do poder”¹³. Os direitos humanos entram, assim, no catálogo de direitos das sociedades, positivamente estabelecidos, mas também funcionando como uma lógica sistêmica própria, repercutindo em suas normas o conflitos que sem dúvida, a seu respeito, existem nas diversas sociedades do mundo.

É próprio dos direitos humanos sua internacionalização, sobretudo por seus pressupostos éticos, mas também em decorrência da Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que reitera a concepção da Declaração Universal de 1948, prevendo, em seu parágrafo 5.º que “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”. Luhmann já identificava

¹² *O que é a globalização? Equívocos do globalismo e respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

¹³ Cf. HABERMAS, J., *L'Integration Republicaine – Essais de Théorie Politique*, Paris: Fayard, 1997, p. 224.

que a crescente atenção para ofensas aos direitos humanos faz parte dos mais importantes indicadores de um direito da sociedade mundial. Justifica, assim, que os direitos humanos estariam relacionados ao problema da exclusão, orientando-se, portanto, para a inclusão do homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, especialmente no direito¹⁴.

O fetiche das declarações, a possibilidade das enunciações dos direitos por maioria de votos nas cúpulas temáticas, não faz com que todos os cidadãos vivam dentro do mesmo padrão de respeito às condições de vida propagadas pelos direitos humanos, até porque vivemos e sempre viveremos em sociedades conectadas, mas culturalmente distintas, encerrando o conceito de direitos humanos alta carga conflitiva. Com a globalização e a sociedade da informação, ficam mais evidentes as diferenças.

1.2. Globalização e informação na cultura global

O referencial tecnológico alterou as formas de relações das sociedades modernas. O recurso às novas tecnologias determina grande parte do processo produtivo nas grandes cidades, das formas de comunicação interpessoal, da produção, circulação e fruição do conhecimento. Ainda que a técnica tenha sido sempre fundamental na construção da história, na globalização é a primeira vez que uma técnica, a da informação, invade a totalidade de uma situação¹⁵, responde pelo avanço de todas as atividades produtivas. A vida social moderna, segundo Tomlinson, realiza-se dentro dos signos da globalização¹⁶, com o desenvolvimento rápido de novos cenários sócio-culturais, assim como comerciais, além de uma rede de interconexão mais densa e independente. McGrew, por sua vez, refere-se à

¹⁴ *El derecho de la sociedad*, Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2002, pp. 574 e 582 ss.

¹⁵ Cf. SANTOS, Milton, *Por Uma Outra Globalização*, Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001.

¹⁶ Cf. TOMLINSON, John, *Globalization and Culture*. Cambridge: Polity Press, 1999.

globalização como “simplesmente a intensificação da interconexão global”¹⁷.

Se antes a discussão que prevalecia era o posicionamento a favor ou contra a globalização¹⁸, tais preocupações já estão superadas pela própria realidade. Como bem asseverado àquela altura, ela não comporta posturas pró ou contra, mas a de como afirmar-se, buscando uma inserção positiva no seu desenvolvimento. As condições de interconectividade, sim, estão chegando a níveis inimagináveis quando se falava de globalização há algumas décadas atrás, mas os processos econômicos também vem dando sinais de esgotamento, com constantes crises atacando os países centrais, assim como há efeitos em relação aos direitos humanos cuja promoção alcança fóruns mundiais (v. conferências sobre meio-ambiente, sobre habitação, sobre segurança alimentar, sobre direitos culturais, sobre inclusão social, entre outros).

Diante de um fenômeno que não é localizado no tempo nem no espaço, o isolacionismo é contraproducente, porque não dá resposta adequada aos desafios propostos. Se a globalização engendra a preocupação de determinado país sofrer em sua balança comercial por não se inserir no comércio internacional nas mesmas condições que outras economias mais desenvolvidas, o isolamento não tornará sua economia mais competitiva. A ideia central será, portanto, a da sinergia na busca de parceiros que potencializem atributos de interesses comuns dos países e da sociedade.

As comunidades transnacionais, na linha das comunidades simbólicas de identificação que dividem as comunidades nacionais (negros, mulheres, homossexuais, nacionalidades, etnias e religiões em diáspora), mas também aquelas que lutam por causas específicas (ambientalismo, mulheres, direitos humanos), são formadas independentemente do apego a um território, em escala global, por

¹⁷ Cf. citado por Tomlinson, *ibidem*.

¹⁸ V. ALVES, Lindgren, *Direitos Humanos, Cidadania e Globalização*, Lua Nova [online]. 2000, n. 50, p. 199.

fim. Num cenário de incertezas, desorientações, o que se nota de positivo, conforme Lindgren Alves afirma, é que “pela primeira vez na história, valores universalmente compartilhados hoje se afirmam com legitimidade na agenda internacional”. Ainda que os avanços tenham sido pequenos, por exemplo, na última Conferência das Nações Unidas sobre o Clima (Rio+20), o fórum de maior repercussão é o internacional. Essas realidades também já vinham sendo tratadas por McLuhan, quando nos fala da aldeia global, que também constam do relatório da ONU, “Nossa vizinhança global”, como uma tentativa de explicar o contexto político mundial em face das proximidades criadas pelas facilidades da globalização.

De forma geral, a conectividade consagra a possibilidade de experimentar a distância de forma nova, pois muitos processos se distribuem com mais racionalidade pelo globo e prescindem de deslocamentos avulsos. Por exemplo, o comércio mundial colocou ao alcance de uma nova população produtos que antes só poderiam ser consumidos em determinado local, facilitando a distribuição avulsa. A distância é o obstáculo possível quando redes de conexão tornam-se constantes em diversos segmentos do mercado, sobretudo em se tratando da troca e acesso à informação. No entanto, ainda é e será a vida local a que ocupa a maior parte do tempo e do espaço na vida de cada um, enquanto não desintegrarmos nossa existência no meio das redes sociais, fenômeno incisivo da nova comunicação interpessoal. De forma semelhante, Giddens identifica o fenômeno numa nova relação entre presença e ausência. Para o autor, “a globalização se refere à intersecção da presença e ausência, o entrelace de eventos e relações sociais à distância com o contexto local”. É a aproximação do diálogo nos dois níveis, local e global, mimetizado por um estar presente e ausente, expressão da descontinuidade. Nesse sentido, vivemos em algo parecido ao que se chama de “proximidade global”, que é antes um contexto que cada vez mais molda as relações sociais e a existência de muitos indivíduos, em que distintas ordens de ação social se relacionam simultaneamente (mas em graus e com compe-

tências distintas): o nível individual, o das sociedades nacionais, o do sistema mundial de sociedades e o da humanidade diretamente e sem mediação institucional.

Por certo, a modernidade não é vista somente como uma força que engendra a massificação e a despersonalização, atributos decorrentes da globalização e da sociedade de consumo, ela também serve como ambiente para a apropriação ativa de significado e identidade quando as sociedades questionam-se e implementam formas de afirmar sua colocação no mundo. Nesse contexto, por que investigamos o papel e os atributos da cultura nesse cenário? A cultura, segundo Tomlinson, pode ser entendida como as formas de organizar a vida nas quais os seres humanos constroem significados por meio de práticas de representação simbólica. Portanto, a cultura é um aspecto intrínseco do processo de integração humana, de realização das formas de conectividade, promovendo o diálogo entre os elementos simbólicos para além das fronteiras nacionais.

Desta forma, cabe redirecionar o discurso da globalização e enxergar a relação global e local que existe a partir de então. O local e o global, enquanto entidades experienciais, encontram-se intimamente implicadas uma na outra:

Isto significa que os indivíduos não são o produto apenas da sua cultura localizada num espaço confinado, mas antes o resultado de uma intersecção e justaposição entre várias lógicas culturais, e dentro das quais agem intencionalmente. Ao mesmo tempo, a mudança social em virtude da rápida circulação de informação, de pessoas e bens, representa também uma mudança na vida social quotidiana edificada através do processo da reflexividade¹⁹.

¹⁹ Cf. VALENTIM, Cristina Sá Gonçalves, “Entre Direitos, Sujeitos e Contextos: algumas reflexões sobre os Direitos Humanos”, In *Quaderns-e D'Ica*, vol 10, ano 2005 p. 8 e FEATHERSTONE, M., “Culturas Globais e Culturas Locais”, In *Cidade, Cultura e Globalização: Ensaio de Sociologia*, (Fortuna, C., org.), Oeiras: Celta Editora, pp. 83-103.

Diante deste cenário, a interpretação local dos direitos humanos, tendo a referencia global de suas enunciações e perspectivas de cumprimento, deve ser pensada tendo em conta novos contextos alimentados pela solução de uma conflituosidade latente entre as diversas esferas de debate ou julgamento das violações dos direitos humanos, pela interação dos diversos atores transnacionais e pela revalidação de seus pressupostos como nova consciência orientadora das estruturas jurídicas modernas.

II. A proteção dos direitos humanos no ciberespaço

2.1. Direitos Humanos na Internet: humanizando o mundo virtual

Lindren Alves afirmou em 2000²⁰ que passados dez anos do fim da Guerra Fria, o que permanecia em incidência planetária, unindo e separando as sociedades, era apenas o mercado e o discurso dos direitos humanos. Passados mais dez anos, essa realidade só é complementada pelo acesso às ferramentas de tecnologia da informação e interconectividade em escala mundial. Se, para o autor, o mercado e o discurso dos direitos humanos tem em comum o enfraquecimento do indivíduo-cidadão, por ser o mercado excludente e os direitos humanos incompletos, a internet abre uma possibilidade de ativismo individual, de conexão indivíduo-mundo efetivamente viável.

A solidariedade praticada sob o signo dos direitos humanos acaba tendo um potencial mobilizador, ainda que seus efeitos seja a conta-gotas, com resultados localizados, paliativos ou, nas palavras de Alves, são brandidos com veemência somente em sua versão punitiva. Mas tanto em seu aspecto punitivo quanto auxiliar na construção de uma sociedade mais fraterna, os direitos humanos são evocados internacionalmente: “e se as violações das liberdades

²⁰ Cf. ALVES, Lindgren, *Op. cit.*, p. 202.

básicas dos indivíduos e colectividades permanecem comuns a todas as regiões, também por todo o mundo as pessoas estão a fazer uso do quadro dos direitos humanos para exigir justiça económica e social, liberdade da violência ou liberdade de expressão”²¹.

Esse discurso é bem focado quando lutas setoriais, cada vez mais globalizadas, e encontram na proteção dos direitos humanos um porto para o reconhecimento jurídico de suas demandas. Para Mota, a apropriação do discurso dos direitos humanos por grupos setoriais justifica-se por ter um conteúdo amplo que possa englobar os direitos dos povos indígenas, por exemplo:

Esta mudança discursiva criou novos espaços e incentivos para a reafirmação das identidades culturais locais, uma vez que a formulação das reivindicações de direitos pelos povos indígenas em termos de identidades culturais – “direitos indígenas” – tem um valor estratégico para a promoção dos seus objectivos no contexto da globalização dos direitos humanos²².

Quais valores estratégicos seriam estes ou qual a estratégia a ser empregada? É o potencial de, por meio dos direitos humanos, enxergar toda a humanidade, potencialidade que se realiza, em última instância, pelas novas tecnologias de informação e comunicação, como espaço de expressão e de fortalecimento pela integração de valores. Mas não é só. A marca do tempo atual é a ação em redes, a localização do ser humano pela rede da qual faz parte. Assim, não se fala somente ao público em geral, por blogs, por exemplo, mas pelas redes sociais, com a marca referenciadora de quem emite o apelo.

Diversas campanhas são criadas nas redes virtuais, porque elas conseguem circular num grupo formado por uma comunidade individual finita, mas que, por suas interconexões, tendem ao infinito²³.

²¹ V. MOTA, Sara Pargana, “Direitos Indígenas no Ciberespaço: A conectividade nas margens” In *Quaderns-e D´Ica*, vol 10, ano 2005, p. 28.

²² *Op. cit.*, p. 29.

²³ Nesse sentido, v. MOTA, *op. cit.*: “cada vez mais se assiste à apropriação da tecnologia por comunidades indígenas que até agora se encontravam afastadas dos

Igualmente, movimentos políticos tem se organizado por meio de redes sociais, culminando em guerra civil nos Estados com regimes autoritários, lutas por reformas legislativas, como se todas as pessoas conectadas estivessem ligadas a algum movimento, precisassem vestir alguma bandeira para adquirir uma personalidade visível no mundo virtual, ainda que no real isso não importe. Falar com mais gente, ou falar com sua gente, é uma questão de a qual site se vai recorrer: a um blog ou a uma rede social. Mas a possibilidade de qualquer pessoa organizar um movimento crível e angariar a simpatia de diversos internautas é uma revolução para os direitos humanos.

A Internet tornou-se um repositório de transferência de mensagens e imagens de produtos e causas, reorganizando fronteiras que eram geográfica sob um novo rótulo: incluídos e excluídos. Para Mota, “este *middle ground* contemporâneo não é nem um território geográfico, de fronteiras bem definidas, nem uma esfera pública situada num espaço social onde os sujeitos e agentes se encontram face-a-face”. Como Conklin e Graham reforçam, “é, pelo contrário, um espaço político, uma arena de comunicação intercultural, troca, e acção política conjunta”²⁴, portanto, “um espaço que invade as redes telemáticas da Internet, onde emerge uma nova arena para a acção colectiva e para a auto-representação individual e de grupo, mudando as dinâmicas de poder relativas à representação de grupos tradicionalmente marginalizados”.

A liberdade de produção de conteúdo na internet consagra um pressuposto dos direitos humanos, que é o direito à diversidade, mesmo diante do princípio da igualdade material, “no trânsito da

media electrónicos (...) as culturas indígenas têm sido capazes de reforçar a sua identidade, tal como diversas organizações têm reforçado a sua credibilidade, ambas acentuando a sua visibilidade nas suas comunidades e globalmente”. E Valentim, *op. cit.*: “As noções de direitos humanos têm vindo a ser entendidas como o resultado de lutas sociais concretas agilizadas por indivíduos, respostas embebidas em ordens normativas locais e em redes translocais de poder.”

²⁴ Cf. CONKLIN, B. e GRAHAM, L., “The Shifting Middle Ground: Amazon Indians and Eco-Politics”, In *American Anthropologist*, 97 (4), 1995. pp. 695-710.

igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas”²⁵. A confirmação desse cenário, porta aberta às expressões de identidades, contribuem para o multiculturalismo, a diversidade existencial, sem discriminação, hostilidade e intolerância, compondo uma “sociedade relativizada e enriquecida pelo respeito à pluralidade e diversidade, celebrando o direito à diferença, na busca da construção igualitária e emancipatória de direitos”²⁶.

2.2. A informação, o controle da informação e o ciberespaço

Sem dúvida que no processo de controle da informação, a televisão representou um enorme poder, pois, para Bordieu, ela tem por atributo “ocultar mostrando”, e afirma que insisti no mais visível. Desejaria dirigir-me para coisas ligeiramente menos visíveis mostrando como a televisão pode, paradoxalmente, ocultar mostrando, mostrando uma coisa diferente do que seria preciso mostrar caso se fizesse o que supostamente se faz, isto é, informar; ou ainda mostrando o que é preciso mostrar, mas de tal maneira que não é mostrado ou se torna insignificante, ou construindo-o de tal maneira que adquire um sentido que não corresponde absolutamente à realidade²⁷.

A fabricação de uma realidade especial, a fabulação, é um poder essencial da sociedade moderna. Ao viver o “efeito do real”, consegue-se criar sentimentos, mimetizações e urgências com muita facilidade. Acreditamos que somos parte de uma mesma humanidade, por exemplo, assistindo aos jogos olímpicos ou ouvindo a mesma música em outros continentes, por algum atributo que não é condição da humanidade, mas antes, da globalização econômica.

²⁵ Cf. PIOVESAN, F., “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional”, In *Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato* (BENEVIDES, M., BERCOVICI, G., MELO, C.), 429-490, 2009, p. 489.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cf. BORDIEU, Pierre. *Sobre a televisão seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 24.

Aqui vale a reflexão feita por Platão entre “o filósofo que dispõe de tempo e as pessoas que estão na ágora, a praça pública, e que são tomadas pela urgência”. Ele diz, em linhas gerais, que na urgência não se pode pensar. O tempo para quem pensa, a urgência para os que não devem pensar. As urgências dos tempos modernos é a simultaneidade, o *multitasking*, as várias competências, o *just-in-time*, a agitação dos sentimentos.

Nos últimos anos fomos responsáveis pela construção e sucesso da grande rede mundial de computadores. Hoje é impensável um cartão de visita sem o “e-mail” e é fácil perceber a falta que faria em nosso dia a dia se não tivéssemos as ferramentas de navegação na internet. A utilização coletiva e, portanto, o fato de estarmos “plugados” na rede mundial de computadores passou do conceito de facilidade para o de imprescindibilidade.

Este processo de inserção da sociedade no *ciberespaço* caminha em progressão geométrica desde fins dos anos oitenta, principalmente entre os mais jovens. Esta tendência tornará o número de excluídos cada vez menor. Para tanto os países precisam realizar investimento na infraestrutura do acesso, diminuindo para o cidadão comum os custos com conexão, aproveitando-se da nova inserção a instrumentação para a valorizar dos aspectos culturais de uma sociedade, ou seja,

(...) na perspectiva da *cibercultura* assim como nas abordagens mais clássicas, as políticas voluntaristas de luta contra as desigualdades e a exclusão devem visar o *ganho em autonomia* das pessoas ou grupos envolvidos. Devem, em contrapartida, evitar o surgimento de novas dependências provocadas pelo consumo de informações ou de serviços de comunicação concebidos e produzidos em uma óptica puramente comercial ou imperial e que têm como efeito,

muita vezes, desqualificar os saberes e as competências tradicionais dos grupos sociais e das regiões desfavorecidas²⁸.

Um importante diferencial da internet é que a rede não é totalizável, em decorrência do ganho em autonomia propiciado pela difusão dos meios. Ao contrário, é democrática. Ela aceita ligar qualquer ponto com qualquer outro, seja para uma interação mais efetiva (*chat* e jogos virtuais *on line*), mais simplificada (troca de arquivos e e-mails) ou num módulo exclusivamente passivo (navegação pura e simples). Ela permite ligar pessoas de diferentes religiões e classes sociais, criando uma verdadeira miscelânea ou, nas palavras de Pierre Lévy, ela reúne de forma caótica todas as heresias.

O recurso ao ciberespaço beneficia-se da convergência tecnológica, pretendida em escala planetária. Não é por acaso que as grandes empresas líderes em produção tecnológica não estão somente no Vale do Silício, mas em Nova Délhi, em Seul, Taipei ou Estocolmo. Reconhece-se, assim, a tendência à concentração de patrimônios intelectuais (softwares) que sejam desenvolvidos em respeito aos mesmos princípios técnicos. Se for desenvolvido um produto com princípio técnico dissonante, de modo que ele não possa ser facilmente lido em qualquer lugar do planeta, logo ele é excluído do mercado global. Com isso conclui-se que o *ciberespaço* tende à universalidade e à sistematicidade (interoperabilidade, “transparência”, incisão das escolhas estratégicas) em um sentido ainda mais forte que outros grandes sistemas técnicos, por ao menos duas razões: a coordenação de uma complexa e ampla infra-estrutura de comunicação com outros fenômenos tecno-sociais que tendem à integração mundial (finanças, comércio, pesquisa científica, mídias, transporte, produção industrial) e o conteúdo simbólico contido na *cibercultura*, destinado à universalidade.

²⁸ Cf. LÉVY, Pierre, *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2000, 2ª Edição, pp. 237-238 ss.

Considerando que os mecanismos tendentes à universalidade também engendram a flexibilização das formas de atuação (produção, reação, interação, integrações), o ciberespaço apresenta-se como um local de livre circulação de conteúdo, ainda que com violações à intimidade, à propriedade intelectual, imagem, etc. Por estas razões, pelo vetor da desobediência, é um espaço difícil de exercer o controle autoritário da informação:

O *ciberespaço* não apresenta centros difusores em relação a receptores, mas sim espaços comuns em que cada um pode ocupar e onde pode investigar o que lhe interessar, espécies de mercado da informação onde as pessoas se encontram e nos quais a *iniciativa pertence ao demandante*. Os lugares que mais facilmente poderiam fazer o papel de “centros” no *ciberespaço* são os servidores de informação ou de serviços. Ora, um servidor se parece mais com uma loja, um lugar onde a melhor resposta à procura é uma oferta variada, do que um lugar de difusão unilateral²⁹.

Com o aumento da participação mundial no *ciberespaço* cada vez ele se demonstra um ambiente menos homogeneizante e mais expressivo da diversidade. Ao contrário das mídias convencionais, cujo maior exemplo é a televisão, que nivelam para poder aumentar a audiência, o *ciberespaço* disponibiliza conteúdo para diferentes padrões culturais e intelectuais. Pierre Lévy defende que “quanto mais universal (extenso, interconectado, interativo), menos totalizável (...) A *cibercultura* (...) mostra precisamente que existe uma outra forma de instaurar a presença virtual da humanidade em si mesma (o universal) que não seja por meio da identidade dos sentidos (a totalidade)”³⁰.

A localização do indivíduo no tráfego constante de informações do ciberespaço alimenta especiais formas de construção da identidade, dentro do processo dinâmico que considera que a identidade

²⁹ Cf. LÉVY, Pierre, *op. cit.*, p. 239.

³⁰ Cf. Lévy, Pierre, *op. cit.*, pp. 120 e 121.

é socialmente distribuída, construída e reconstruída das interações sociais. Para Calhoun, as identidades são construções relativamente estáveis num processo contínuo de atividade social, tendo sua repercussão jurídica na necessidade de controle, por parte de indivíduos ou grupos, do espaço social e físico circundante³¹. O processo, como continuidade, é o vetor mais potente das forças que repercutem a agência humana e que, passando por turbulências da globalização, não perde o rumo da constante construção de uma identidade relacional.

3. Espaços Complexos

3.1. Internormatividade: os direitos humanos e as múltiplas esferas normativas

Os direitos humanos valeram-se da coordenação de esferas normativas para ganharem impulso na sociedade global. A possibilidade de ação dentro de diversas dimensões para um número maior da população é um traço significativo da nossa época, complexificando os estratos de disseminação da informação com o ciberespaço e com a simultaneidade da possibilidade de controle das manifestações sobre os temas de direitos humanos.

A internormatividade é definida como as relações que se estabelecem e se desfazem entre normas jurídicas e não jurídicas, apesar de presumir-se, em direito, um único sistema normativo. Busca-se, assim, “inventar uma racionalidade de múltiplo, na medida em que se diversificam as redes de regulação e que se internacionalizam e, ao mesmo tempo, se localizam as normas de direito”³². A articulação normativa tem por base as redes múltiplas, indicando o aumento de

³¹ Cf. CALHOUN, Craig, “The Problem of Identity in Collective Action”, In *Macro-Micro Linkages in Sociology* (Huber, Joan, org), Newbury Park: Sage, 1991.

³² Cf. DELMAS-MARTY, M., *A Imprecisão do Direito*, Barueri: Ed. Manole, 2005, p. 258. Embora o texto tenha sido construído para as normas em direito penal,

escolhas possíveis e o desejo por escolhas sem impor uma decisão única. Os direitos humanos decorrem de uma racionalidade do direito comprado, antecipado por Saleilles, em 1902, nas seguintes palavras: “o direito comparado, pela aproximação das jurisprudências no campo de um direito natural transformado, e reduzido em fórmulas concretas de aplicação jurídica, tenderá a tornar-se, em suas grandes linhas, o direito comum da humanidade” que nem por isso exclui, em cada país, “a independência absoluta de sua própria vitalidade, e a adaptação distinta e variável das aplicações concretas em cada jurisprudência específica”³³. Segundo Delmas-Marty, “definitivamente, é um *direito natural de conteúdo variável*, fonte de orientação para os direitos nacionais”³⁴.

O verdadeiro valor dos direitos humanos é seu potencial articulador das diversas esferas jurídicas, da pública à particular, do nacional ao internacional, do regional ao supranacional, multilateral e global. Estes direitos, coordenados globalmente, não dizem respeito somente à norma em direito vigente, mas atuando como uma superestrutura, constituem a maneira de produzir consciência jurídica, ou a maneira de “reintroduzir a questão do direito no seio do positivismo, indicando não o conteúdo da regra de direito, mas o *direito do direito*, ou seja, a regra de julgamento que permite traçar o limite entre aquilo que é ou não pode ser do direito”³⁵.

Para Marcelo Neves, essa nova complexidade sistêmica própria da sociedade moderna produz direitos humanos relacionados com a emergência de um dissenso estrutural, ligado à pluralidade de esferas de comunicação e à heterogeneidade de expectativas, interesses e

utilizamos para os direitos humanos, tendo em vista a racionalidade do mesmo fenômeno.

³³ *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902, 112, *apud* DELMAS-MARTY, M., p. 284-285.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cf. EWALD, F., *L'État-Providence*, p. 10, 39, 508, *apud* DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, p. 286.

valores de pessoas e grupos³⁶. Os direitos humanos, nessa nova esfera comunicativa e de dissensos, podem ser redefinidos ou redimensionados como “expectativas normativas de inclusão jurídica generalizada nas condições de dissenso estrutural da sociedade mundial”³⁷. Presentes em diversas ordens jurídicas simultaneamente, o autor identifica-a como uma questão de *transconstitucionalismo*, com inflexão direta de uma ordem jurídica constitucional em outras, com profundidade e dimensão distintas, pela possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência da prática dos diferentes tipos de direitos humanos³⁸.

Essa capacidade de articulação ganhou novo impulso com os recursos comunicacionais que evoluem de forma intensa proporcionando o acesso cada vez mais rápido à informação no momento em que ela é produzida, ou a geração e captação da imagem independente da presença mundial das redes de televisão. A informação rápida, muito mais do que nas televisões, rádios, livros, está na internet e quanto mais conectados estamos, de forma mais perene vivenciamos as violações de direitos humanos flagelando sociedades.

A proteção dos direitos humanos na multiplicidade de esferas jurídicas passa pela tendência mundial de democratização e revalidação do Estado de Direito, promovendo formas de ação que surtem efeito mais pela articulação promovida, do que pela estrutura fechada, absolutamente precisa, hierarquicamente organizada. O fluxo dos direitos humanos, juntamente com uma prática que está cada vez mais se aperfeiçoando, adotando modelos de avaliação, padronização de monitoramento, consolidação de políticas de ação, tem sido uma construção mais por méritos de fundo do que por méritos sistêmicos, da pura ortodoxia. A enunciação dos direitos pro-

³⁶ De forma semelhante, essa passagem retoma a discussão apresentada na nota de rodapé 5 acima.

³⁷ *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 257 ss.

³⁸ *Ibidem*.

tegidos universalmente, a construção de mecanismos de proteção dos direitos humanos integradas aos sistemas regionais, a possibilidade de punição diante de um tribunal permanente para os crimes contra a humanidade representam conquistas valiosas na promoção de condições de vida dignas dos seres humanos. Entretanto o dia-a-dia das experiências locais dos direitos humanos é a maior conquista que se está por aguardar.

A complexidade normativa, muito mais do que a quantidade, gera maior qualidade de afirmação dos direitos humanos, ao se valer de uma conflituosidade intrínseca à política de promoção dos direitos humanos que leva em conta as diversas dimensões de sua construção. Assim, o sistema de proteção de direitos humanos será tão mais efetivo quanto maiores integrações e ramificações de suas formas de atuação puderem se coordenar num espaço desierarquizado, múltiplo e aberto. A aproximação, por si só, não basta para resolver os conflitos de valores mais complexos, os que se opõem, pelas culturas apresentadas como absolutamente diferentes, as verdades reveladas aos discursos da razão. Ao se oporem um relativismo absoluto a um universalismo, mesmo que pluralista, nenhuma comunidade de valores é concebível³⁹.

3.2. Nova Conflituosidade: Fronteiras Para o Discurso Cultural

Tanto quanto o pressuposto de ação da globalização, relacionando-se globalmente para agir localmente, os direitos humanos navegam na mesma onda, mas com resultados distintos. Muito se falou dos efeitos perversos da globalização econômica⁴⁰, do esgotamento do seu modelo com a emergência de novas lideranças da periferia⁴¹

³⁹ V. DELMAS-MARTY, M., *op. cit.*, 2010.

⁴⁰ V. STIGLITZ, Joseph E. *El malerstar en la globalización*, Madri: Taurus, 2002.

⁴¹ Segundo Milton Santos, a experiência da escassez vivida por grande parte da humanidade acelera a tomada de consciência em relação à precariedade da globalização e, por conseguinte, contém o avanço da hegemonia. A experiên-

no cenário global, sempre acenando com a sua incapacidade de reduzir a pobreza principalmente⁴². A distribuição da riqueza mundial se agravou nas últimas duas décadas: 54 dos 84 países menos desenvolvidos viram o seu PNB per capita decrescer nos anos 80 em 35% em 14 deles. Segundo o Relatório do Desenvolvimento do Banco Mundial de 1995, o conjunto de países pobres onde vive 85,2% da população mundial detém apenas 21,5% do rendimento mundial enquanto o conjunto dos países ricos, com 14,8% da população mundial, detém 78,5% do rendimento mundial. Os valores dos três mais ricos bilionários do mundo excedem a soma do PIB de todos os países menos desenvolvidos do mundo onde vivem 600 milhões de pessoas.

Entretanto, a globalização não operou efeitos somente econômicos, permitindo a emergência de uma integração tanto quanto conflituosidade nas esferas política, jurídica e cultural. Em termos de poder estatal, Bob Jessop identifica três tendências: a *desnacionalização do Estado*, com o esvaziamento do aparelho Estatal, por exemplo, com a série de privatizações, inclusive da seguridade social, sistema prisional, entre outros, a *desestatização dos regimes políticos*, com a transição do conceito de governo (*government*) para o de governança (*governance*), ou seja, de um modelo de regulação social e econômica presente no papel do Estado que migra para relações baseadas em parcerias, convênios, e outras formas associativas com organizações para-governamentais e não-governamentais, passando a atuar como coordenador das ações. E o terceiro seria a tendência à *internacio-*

cia econômica coloca em diferentes patamares os indivíduos que têm poder de consumo e os que não têm, os que têm acesso às manifestações culturais globais por via do poder aquisitivo dos que têm no meio local o encontro com sua cultura. Neste sentido, Santos afirma que a escassez de recursos que estas pessoas vivem contribuem e dão a medida do relativo efeito que a globalização tem nas comunidades menos abastadas (*Por uma Outra Globalização*, Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001).

⁴² Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de, *A Globalização e as Ciências Sociais*, São Paulo: Cortez Editora, 2002, p. 32 ss.

nalização do Estado nacional, pelo aumento do impacto estratégico do contexto internacional para o posicionamento do Estado, de suas expectativas de atuação, envolvendo necessariamente uma adequação de sua forma de situar transnacionalmente⁴³.

Por outro lado, a produção global da informação, a noção de simultaneidade de se estar no mundo real e no mundo virtual, a evocação dos direitos humanos em todas as línguas e sociedades reprogramam diversos aspectos culturais das sociedades. A cultura, como elemento de relativização do indivíduo no contexto social, é permeável às expressões de poder afluentes da globalização, e recebe um novo tratamento por parte do Estado. O conceito de indústrias criativas começou a se delinear que, quando elaborado, servia para qualificar a vontade de reposicionamento econômico do Reino Unido no mundo cada vez mais globalizado, buscava identificar aqueles setores sobre os quais fundava a nova competitividade da economia britânica frente aos seus concorrentes internacionais. Desde sua criação, o conceito de indústrias criativas evidencia uma estratégia de distinção: “a busca de uma política de criatividade converteu-se em um projeto nacional, ligando a imagem do Reino Unido à vanguarda global”⁴⁴. Os políticos britânicos identificavam uma vantagem nacional num elemento que é próprio de toda a humanidade, então, qual seria a vantagem de fato que o país possuía para reivindicar tamanha qualidade?

Para G. Tremblay, “se é certo proclamar que a criatividade é uma qualidade humana igualmente compartilhada, não é evidente que esta se encontre na base do desenvolvimento econômico em todas

⁴³ «The Future of the National State: Erosion or Reorganization? General Reflections on the West European Case.» Comunicação apresentada na 2ª Conferência da Theory, Culture and Society «Culture and Identity: City, Nation, World», Berlim, 10-14 de Agosto de 1995, *apud* SOUSA SANTOS, Boaventura de, *op. cit.*, p. 37-38 ss.

⁴⁴ TREMBLAY, Gaëtan, «Industrias culturales, economía creativa y sociedad de la información», in *Poder, medios, cultura* (ALBORNOZ, Luis A., comp.), Buenos Aires: Paidós, 2011, p. 110.

as partes do mundo”⁴⁵, sendo uma decorrência do desenvolvimento da indústria cultural a fornecer as condições de reposicionamento da economia britânica com vantagem industrial para processar valores (criatividade) possuídos pela humanidade, isto porque o comércio internacional tende a girar conteúdo desmaterializado muito mais do que os produtos físicos da indústria cultural. Essa economia, por outro lado, pressupõe a inclusão digital, revista pela Cúpula sobre a Sociedade da Informação de Genebra (2003) e Túnis (2005), buscando acabar com a brecha digital existente entre nações e promover a adoção da Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais (UNESCO, 2005). Segundo Tremblay, “o desejo de estender o modelo de economia criativa ao conjunto do planeta forma parte do mesmo universo ideológico. Mas mais além de bons sentimentos, esta iniciativa busca estender e reforçar o reconhecimento da propriedade intelectual e incitar os diferentes tipos de governo a respeitar o pagamento de direitos de autor ou copyrights. Uma estratégia de inclusão para fazer respeitar as regras do jogo inclusive aqueles países que reproduzem muito mais do que criam”⁴⁶.

O elemento cultural para posicionamento estratégico no âmbito da globalização é visível no caso britânico, sendo menos contundente e organizado em outras sociedades. O que é marcante é a apropriação de uma característica universal, a criatividade, integrada à uma base de desenvolvimento econômico para a promoção de uma nação. A proteção em última instância e no máximo grau desta produção intelectual pode levar ao estrangulamento das facilidades de conhecimento do ciberespaço⁴⁷.

⁴⁵ TREMBLAY, Gaëtan, *Op. cit.*, p. 131 e ss.

⁴⁶ TREMBLAY, Gaëtan, *Op. cit.*, p. 132 s.

⁴⁷ Para uma análise aprofundada, *Artes Sob Pressão – Promovendo a Diversidade Cultural na Globalização*, do professor holandês Smiers, Joost, São Paulo: Ed. Escrituras, 2006 (trad. Adelina França).

Essa assimetria entre o buscado pela proteção da indústria criativa, por meio dos direitos autorais, e a limitação ao acesso à cultura já foi notado na análise feita sobre o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS): “em nenhuma situação, a dominação dos interesses ocidentais foi mais visível do que no TRIPS, concebido para proteger os direitos autorais, as patentes e as marcas pertencentes esmagadoramente a companhias ocidentais”⁴⁸.

Conclusão

Cabe, neste momento, reunir as diversas pontas levantadas nas seções anteriores, organizando o objetivo pretendido com este trabalho. Apresentaram-se, assim, diversas linguagens nas quais se constroem elementos universalizáveis, por motivos distintos mas que mutuamente se interconectam, engendrando elementos conflitivos e numa lógica múltipla.

A internacionalização do Estado nacional traz efeitos na estrutura jurídica, inclusive na perspectiva do transconstitucionalismo defendido por Marcelo Neves, com a intrincada trama de influências sistêmicas de ordens jurídicas distintas, mas não estanques, sobretudo pela porta de entrada da literatura jurisprudencial. Os direitos humanos, assim, representam a complexificação dos patamares estruturais morais da sociedade moderna que, cada vez mais conectada, em condições de representar, comunicar e mobilizar a “universalização do sofrimento”, nas palavras de Delmas-Marty.

Os direitos humanos, ao orientarem a significação do indivíduo na sociedade mundial, carrega o conflito próprio da construção da identidade, cujo processe, segundo, Oliveira Mendes, é acidental, decorrente de fricções, erros, caos, dos ruídos sociais e conflitos

⁴⁸ Cf. KOSKENNIEMI, Martti, “International Law and Hegemony: a Reconfiguration”. In *Cambridge Review of International Affairs* 17. Cambridge: Routledge, 2004, p. 206.

entre agentes e lugares de socialização. Assim, as identidades seriam ativadas, estrategicamente, pelas contingências, pelas lutas, sendo permanentemente descobertas e reconstruídas na ação. Essa conflituosidade inerente à formação das identidades tem fluxo facilitado no ciberespaço, portanto. Conforme Glissant, “somente a diferença seria universal”⁴⁹.

O ciberespaço, por sua vez, como local privilegiado de trocas de informação, de valor do conteúdo criativo, não deveria ser apropriável, com excessivos limites e controles ao conteúdo desmaterializado que lá circula. O ciberespaço torna-se elemento essencial no processo de globalização, no que se chamou de “presença na ausência”, de descontinuidade do indivíduo em suas relações.

Esse novo cenário promove condições especiais de apresentação dos direitos humanos no mundo atual, representando, como falamos, um novo estágio do processo de desenvolvimento que busca integrar a humanidade. Se, por um lado, auxilia a promoção da diversidade, “no trânsito da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas”⁵⁰, por outro, auxilia o conhecimento das vivências em direitos humanos, para além dos textos normativos, permitindo a expressão de sua conflituosidade a compor uma nova consciência orientadora das estruturas jurídicas modernas.

Assim, a coordenação destes direitos forma uma superestrutura, constituindo a maneira de produzir consciência jurídica, reintroduzindo o direito no seio do positivismo, o direito sobre o direito, a regra de julgamento a ditar o que é o direito. Mas este construto não é linear, mas próprio de um dissenso estrutural, ligado à pluralidade de esferas de comunicação e à heterogeneidade de expectativas, interesses e valores de pessoas e grupos, conforme Marcelo Neves.

⁴⁹ *Une nouvelle région du monde*, p. 131, apud DELMAS-MARTY, M., 2010, p. 1.

⁵⁰ Sobre a concreção do sentido ao longo da história e da fixação normativa, v. BITTAR, Eduardo C.B., “A Ética dos Direitos Humanos”. In *Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato* (BENEVIDES, M., BERCOVICI, G., MELO, C., orgs), 2009, pp. 347-380.

Os direitos humanos, por fim, não servem como instrumentos compensadores das deficiências da globalização econômica, mas sua racionalidade oferece uma lógica jurídica que deve fortalecer a sociedade civil na orientação e reivindicação de suas demandas.

Bibliografia

- ALVES, José Augusto Lindgren. Prefácio à obra *Os direitos humanos como tema global* (Lafer, Celso), São Paulo: Ed. Perspectiva, 2011, p. XXVI.
- ALVES, Lindgren. *Direitos Humanos, Cidadania e Globalização*, Lua Nova [online]. 2000, n. 50, p. 199.
- ARENDT, Hannah. *Origins of Totalitarianism*, Nova Iorque: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993, pp. 299-302.
- BECK, Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo e respostas à globalização*, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.
- BITTAR, Eduardo C.B. “A Ética dos Direitos Humanos”. In *Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato* (Benevides, M., Bercovici, G., Melo, C., orgs), pp. 347-380, 2009.
- BORDIEU, Pierre. *Sobre a televisão seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- CALHOUN, Craig, “The Problem of Identity in Collective Action”, In *Macro-Micro Linkages in Sociology* (Huber, Joan, org), Newbury Park: Sage, 1991.
- CESNIK, Fábio e Beltrame, Priscila Akemi. *Globalização da Cultura*, Ed Manole: Barueri, 2004.
- CONKLIN, B. e Graham, L. “The Shifting Middle Ground: Amazon Indians and Eco-Politics”, In *American Anthropologist*, 97 (4), 1995, pp. 695-710.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *A Imprecisão do Direito*, Barueri: Ed. Manole, 2005.
- . «Chances et risques d’une justice pénale internationale», *Archives de philosophie du droit*, n° 53, 2010, pp. 96-117.

- EWALD, F. L´ *État-Providence*. Paris: Grasset, 1986.
- FEATHERSTONE, M. “Culturas Globais e Culturas Locais”, In *Cidade, Cultura e Globalização: Ensaio de Sociologia*, (Fortuna, C., org.), Oeiras: Celta Editora, pp. 83-103.
- GLISSANT, Edouard. *Une nouvelle région du monde – Esthetique*. Paris: Gallimard, 2006.
- HABERMAS, J. L´ *Integration Republicaine – Essais de Thèorie Politique*, Paris: Fayard, 1997.
- IGNATIEFF, Michel. *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton: Princeton University Press, 2001.
- IGNATIEFF, Michel. “Human Rights: The Midlife Crisis”, *New York Review of Books*, Maio, 20, 1999.
- KOSKENNIEMI, Martti. “International Law and Hegemony: a Reconfiguration”. In *Cambridge Review of International Affairs 17*. Cambridge: Routledge, 2004.
- LADRIÈRE, Jean. “Droit naturel, droit, éthique”, In *RIEJ*, 1984, 13.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2000.
- LUHUMMAN, N. *El derecho de la sociedad*, Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MOTA, Sara Pargana. “Direitos Indígenas no Ciberespaço: A conectividade nas margens” In *Quaderns-e D´Ica*, vol 10, 2005, 22-43.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes.
- PROVESAN, F. “Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional”, In *Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato* (Benevides, M., Bercovici, G., Melo, C., orgs), pp. 429-490, 2009.
- SALEILLES, Raymond. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1902.
- SANTOS, Milton. *Por Uma Outra Globalização*, Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001.

- SMIERS, Joost. *Artes Sob Pressão – Promovendo a Diversidade Cultural na Globalização*, São Paulo: Ed. Escrituras, 2006 (trad. Adelina França).
- SOSA SANTOS, Boaventura de. *A Globalização e as Ciências Sociais*, São Paulo: Cortez Editora, 2002.
- STIGLITZ, Joseph E. *El malerstar en la globalización*, Madri: Taurus, 2002.
- TOMLINSON, John. *Globalization and Culture*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- TREMBLAY, Gaetan. «Industrias culturales, economía creativa y sociedad de la información», in *Poder, medios, cultura* (Albornoz, Luis A., comp.), Buenos Aires: Paidós, 2011, pp. 109-138.
- VALENTIM, Cristina Sá Gonçalves. “Entre Direitos, Sujeitos e Contextos: algumas reflexões sobre os Direitos Humanos”, In *Quaderns-e D´Ica*, vol 10, 2005, 3-19.



Regulação do ciberespaço, fronteiras virtuais e liberdade: desafios globais e atuais

EDUARDO C. B. BITTAR¹

Introdução: ciberespaço, desafios tecnológicos e direito digital

O vazio deixa lacunas difíceis de serem recobertas; a sensação de desabrigo, desnorte e incorreção são vertiginosas marcas de nossos tempos². Muito do que se conheceu como território firme da modernidade, em sua expressão regulatória e em sua moralidade

¹ Advogado, é Doutor e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Presidente da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP/Brasil), no biênio 2009-2010, entidade da qual foi também Secretário-Executivo, no biênio 2007-2009. Foi Pesquisador-Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), no período 2006-2010. Foi Membro Titular do Conselho da Cátedra UNESCO de “Educação para a Paz, Direitos Humanos, Democracia e Tolerância”, do IEA-USP, no período 2007-2010. Atualmente, é 2.º Vice-Presidente da Associação Brasileira de Filosofia do Direito (ABRAFI – IVR/ Brasil). É Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Professor Doutor do PPG em Direito da Centro Universitário Fundação Instituto para o Ensino de Osasco (UniFIEO) e Pesquisador de Produtividade N-2 do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

² “O vazio normativo aberto pela retirada da meticulosa regulamentação estatal sem dúvida traz mais liberdade. Nenhuma história de identidade está imune a correções; pode ser reformulada se insatisfatória ou não tão boa como outras. No vazio, a experimentação é fácil e encontra poucos obstáculos – mas o empecilho é que, agradável ou não, o produto experimental nunca é seguro;

própria, foi abalado e desmantelado nas últimas décadas, o que se traduz na cisão entre *nómos* e *éthos* em nossos tempos, de onde surge a necessidade de elaborar o *nada*, operar o *nada*, e vencer o *nada* pela atribuição de algum tipo de resposta³. Isto colabora para a acentuação de processos simultâneos de transformações, que se acumulam empilhadas, apontando para um novo cenário, sem que ainda se possa entrever seus resultados e suas formas mais acabadas. A insegurança, espalhada na atmosfera, define muito da condição humana hodierna⁴.

A realidade do ciberespaço, da forma como foi identificada em 1984 por William Gibson, é, pois, entre nós, ‘realidade concreta’. A ‘concretude’ da ‘virtualidade’ é propriamente este paradoxo, da conversão em material e fundamental daquilo que é propriamente da dimensão do imaterial e do criacional-informativo. Com o evoluir da cibernética, da robótica e da informática criaram-se

sua expectativa de vida é curta e por isso a segurança existencial que promete custa a chegar” (BAUMAN, *Comunidade*, 2003, p. 90).

³ Nesse sentido, a crítica da sociedade pantécnica é de fundamental importância, na medida em que tem por foco o vazio criado pela própria hiper-afetação da dimensão da técnica, conforme a análise de Ferraz Junior: “O advento da sociedade pantécnica, como lugar da realização da técnica, está na origem da cisão contemporânea entre *éthos* e *nómos*, liberdade e lei, que se exprime nas diversas formas do positivismo ético e jurídico, como também da separação entre Ética e Política, que faz a política pesar sobre o homem hodierno como um destino trágico. Com isso, é gerado um *éthos* de indiferença, de indiferença controlada tecnicamente, em que a responsabilidade na moral e no direito, na vida social e na reclusão individual, só aparentemente se funda em convicções, mesmo em resultados das convicções, mas nessa vaga percepção de que *onde nada pode ser feito, algo precisa ser feito*. Por quem? Ninguém sabe” (FERRAZ JUNIOR, “Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica”, in *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*, 2011, p. 142).

⁴ A respeito do tema, vide Bittar, *O direito na pós-modernidade*, 2.^a ed., 2009, pp. 145 e ss.

as condições para o estágio atual da técnica⁵; a especialização da micro-eletrônica, a revolução *Microsoft*, os processos de automação, a ampliação prática da virtualidade e da digitalidade incorporadas aos procedimentos operatórios do cotidiano desconstróem muito do que se conheceu como ‘realidade’ (concreta, empírica, natural) para constituir-nos em outra ‘realidade’ (virtual, digital, artificial)⁶. As fronteiras do ‘real’ foram ampliadas e, simultaneamente, alteradas. Por isso, uma *re-definição* de nossa condição se dá a partir do impacto que a tecnologia opera na vida humana. Em *Zukunft der Menschlichen Natur*, de 2001, o filósofo alemão Jürgen Habermas já afirmava o caráter problemático da presença da tecnologia na redefinição da identidade do humano⁷.

Por isso, não se pode desprezar que o conjunto dos avanços traz consigo notáveis conquistas, mas que estas conquistas têm de ser mediadas por novas atividades regulatórias, por novas frentes de estudo e crítica, ponderadas a partir da reflexão. Ademais, não se pode desprezar o fato de que estas transformações infirmadas na

⁵ “O rápido desenvolvimento da cibernética, da informática, da robótica e de outras disciplinas afins impôs, retrospectivamente, que se desse uma ordem à sucessão das inovações” (Losano, *Sistema e estrutura no direito*, 2011, p. 127).

⁶ Newton De Lucca identifica na automação um processo tecnológico sem retorno, considerando o início destas transformações e seus resultados para o direito, imprevisíveis: “A automação, por outro lado, com a existência de robôs realizando tarefas de criação intelectual – como já é possível ver-se em algumas partes do globo terrestre – deixou de ser mera ficção científica para tornar-se uma inquestionável realidade. Com o advento da sociedade digital, a velocidade das transformações tende a aumentar cada vez mais” (DE LUCCA, “Newton, Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), 2005, p. 38).

⁷ Neste trecho, fica clara a identificação do problema: “Os desenvolvimentos notórios e temidos da tecnologia genética afetam a imagem que havíamos construído de nós enquanto ser cultural da espécie, que é o ‘homem’, e para o qual parecia não haver alternativas” (HABERMAS, *O futuro da natureza humana*, 2004, p. 56).

dimensão dos progressos tecnológicos trazem significativos desafios que não são passíveis de resolução no nível meramente operatório, ou meramente técnico. Eis o limite da técnica. A técnica possui limites, e estes devem ser ponderados, porém seu movimento na determinação social, ultrapassou estes limites, e rompe barreiras com a mesma constância e voluptuosidade. Seu ritmo, na sociedade moderna, é avassalador, e, também, de certa forma, incontornável.

Aliás, sobre os avanços da técnica, as últimas notícias apresentadas neste campo indicam a que velocidade se caminha em direção a um futuro tecnológico, que torna a translúcida e longínqua ficção científica uma realidade muito presente e palpável.

Uma primeira dimensão deste processo está indicada pela intensidade do processo de robotização de procedimentos virtuais; os estudiosos de realidade virtual identificam que a frequência do tráfego de robôs na *internet* supera em muito o tráfego de pessoas; está-se falando de 2 bilhões de pessoas usuárias em todo o planeta⁸.

Uma segunda dimensão deste processo está indicada pelo volume de transações comerciais, através do *e-commerce*; ele realiza um potencial de intercâmbio de mercadorias espantosamente significativo (53,5 bilhões de pedidos em 2011)⁹. A mesma notícia vem acompanhada da impactante informação de que a *Enciclopédia Britânica* deixa de ser impressa, para assumir definitivamente a versão digital. Aqui, de fato, fica claro que o mundo de *Gutenberg* (*imprensa*) foi substituído pelo mundo *Wikipedia* (*internet*).

Uma terceira dimensão deste processo, recentíssima e espantosa, pode ser identificada pela intensa dependência da rede virtual sobre certos operadores, sistemas e mecanismos, representados em grandes corporações. A capacidade de protesto e mobilização de *Wikipedia*, *Mozilla*, *Yahoo*, *Twitter*, *Reddit*, *Wired* e *Google*, além de *WordPress* é

⁸ Cf. notícia veiculada no Caderno *Tecnologia*, Robôs no comando, *Folha de São Paulo*, 09 de abril de 2012, São Paulo, F1 e F3.

⁹ Conforme notícia a *Folha de São Paulo*, no Caderno Mercado, B5, em 14 de março de 2012.

impactante – afora as polêmicas geradas pelo *Wikileaks* –, e foi capaz de mudar o sentido das pressões políticas a favor dos interesses dos jovens ativistas da era da *internet*, quando a votação sobre a lei antipirataria na *web* nos EUA foi interrompida e redirecionada na Câmara e no Senado norte-americanos. Um dia de caos nas principais ‘ferramentas’ da *web* foi suficiente para indicar os novos rumos da lógica da disputa no âmbito do mercado de bens culturais e no tema da regulação da propriedade intelectual; novas ferramentas, novos atores, novas políticas, novos interesses e novas formas de operar as relações sociais, o que envolve novas formas de poder.

Uma quarta dimensão, na qual se projeta todo este campo, reside na busca de regulamentação do espaço virtual, considerando a disputa política explosivamente detonada no dia 14 de janeiro de 2012, identificada no artigo da Folha de São Paulo intitulado *Nova mídia versus velha mídia*¹⁰, que também vem pelo protesto digital dos grandes conglomerados econômicos, cujos interesses são diretamente afetados pelas restrições normativas ao livre trânsito virtual. O autor do artigo bem identifica nesta luta, mais do que o embate entre progressistas e reacionários, a simbólica expressão de uma disputa virtual – e real – entre conglomerados poderosos economicamente, que opõe um perfil moderno e jovial de entendimento sobre propriedade compartilhada na *internet* – representando os interesses do “grupo do Vale do Silício” –, a um perfil antigo sobre propriedade intelectual, identificado pelos meios da indústria tradicional *hollywoodiana* – apresentado como o “grupo da antiga indústria fonográfica dos estúdios e gravadoras de *Hollywood*”; jogo de informações, disputa sobre modelos de uso do espaço virtual,

¹⁰ Se referindo aos eventos virtuais do dia 14 de janeiro de 2012, o jornalista Álvaro Pereira Júnior afirma: “Na quarta passada, a *Wikipedia* pintou de preto sua página principal em inglês, e praticamente saiu do ar. *Google*, *Yahoo*, *Twitter* e muitos outros também engendraram alguma forma de protesto” (ÁLVARO PEREIRA JÚNIOR, *Nova mídia x velha mídia*, Folha de São Paulo, 21 de janeiro de 2012, São Paulo, E 14).

guerra de poderes virtuais em torno do controle sobre a propriedade intelectual (e os lucros derivados da propriedade imaterial), oposição de interesses expõe, com bastante objetividade, que mais do que o interesse pelo “usuário” ou pela “liberdade”, está um conjunto de interesses corporativos altamente valiosos, e de grande significado de mercado, para o presente e para o futuro.

A sociedade moderna, afirma-se, progressivamente, por suas conquistas no plano da ciência, da técnica e do desenvolvimento, e nisto articula-se um de seus eixos fundamentais, apontados para o futuro. Assim, pode-se reconhecer que o avanço da técnica traz significativas conquistas, mas não se pode fetichizar a técnica. Seu movimento desembestado em direção a novas técnicas pode significar mais do que um *rumo*, um *des-rumo*. É neste sentido que a tecnologia, em seu papel, pode ser interpretada ao modo como os gregos o faziam com o termo *pharmakón*, a um só tempo significando ‘remédio’ e ‘veneno’. Da ambiguidade deste termo, nasce a compreensão de que a técnica tem o seu *valor*, e tem o seu *des-valor*. O que não se pode é fazer curvar a humanidade a ela; pelo contrário, sua serventia está no fato de estar a serviço da humanidade.

O homem precisa da reflexão, tanto quanto carece do ar para respirar. Isso imprime a ideia de que a técnica sozinha, imperiosa e onipotente do século XXI não é apanágio para todos os males. Daí, a importância da reflexão do pensamento acompanhar a progressão da técnica.

Nesta perspectiva, a discussão sobre o estatuto da técnica não pretende bloquear o futuro. Para efeitos deste estudo, ‘compreender’ criticamente não significa ‘abominar’, ‘rejeitar’, ‘negar’ ou ‘impor preocupações excessivas’. Compreender criticamente significa pensar a ‘projeção do futuro’ (pois, o ‘futuro mesmo’ é sempre uma incógnita), medindo seus *avanços* e *conquistas* juntamente com seus *riscos* e *retrocessos*, colaborando para que o futuro esteja melhor habilitado a realizar sua tarefa de superar o que foi, sem que isso

signifique desabilitar completamente conquistas cujo valor histórico e humano não sejam simplesmente desbaratadas¹¹.

Com essas observações, considera-se a crítica da sociedade pantécnica a atividade do pensamento voltada a refletir sobre a medida e a desmesura da técnica. Assim, não se trata de ‘segurar’ o processo de modernização ‘na unha’, mas de trazer alguns traços reflexivos a este processo, fazendo abrigar a percepção da área sobre algumas nuances que podem ter sentido para a produção do conhecimento qualificado sobre o tema e seus avanços.

Nesta medida, tem-se presente o quanto o processo de modernização tem seu caráter imperioso, considerando seus fluxos de progressiva avalanche. Por isso, não se trata de antepor-se à avalanche, nem mesmo de acompanhar a avalanche, mas de observar o seu movimento interno, para dela extrair o seu sentido. Esse tipo de investigação tem por escopo, sobretudo, a tarefa de trazer considerações que tornem ponderado o uso dos avanços tecnológicos nas dimensões do humano, do jurídico e do político. É assim que na atualidade deste processo de transformações que o *direito digital* começa a se erguer como uma nova frente de trabalho do direito, tal como conhecido tradicionalmente, a mover as fronteiras da epistemologia tradicional para o campo virtual, mas também como uma projeção das preocupações da sociedade contemporânea, em torno dos desafios cibernéticos carregados pelos avanços tecnológicos; se trata de considerar o quanto as revoluções da técnica e da ciência impactaram na formação das trocas de informação, nas trocas sociais, nas trocas econômicas, e, por isso, na dimensão do direito; nesta

¹¹ Afinal, as conquistas históricas em torno dos direitos humanos significaram amplas lutas por afirmação de liberdades e garantias que não podem ser simplesmente vaporizadas pelo uso irracional da tecnologia. A respeito, consulte-se Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 1999, ps. 403-414.

medida, não se compreende o direito fora da dinâmica imposta pelas transformações mais gerais da sociedade contemporânea¹².

Por isso, o *direito digital* desponta como sendo uma nova fronteira do conhecimento jurídico, contornando-se como um gigante que assume as mesmas proporções que a velocidade, a intensidade e a presença das novas tecnologias vem assumindo para a vida social contemporânea. Nesta medida, o que o *direito digital* traz consigo é a capacidade de responder a questionamentos dogmáticos e zetéticos no plano dos conflitos entre homem, legislação e tecnologia, na interface que envolve direitos humanos e necessidades sociais. Assim, parte-se da fase das dúvidas de aplicação da legislação, à ausência de normação, rumando-se para o campo da legiferação virtual. Por isso, nas pioneiras lições de Newton De Lucca¹³ e de José de Oliveira Ascensão¹⁴, a respeito do tema, o *direito da internet* ou o *direito digital* surge como uma dimensão do direito que toca de perto esta perspectiva de trabalho.

¹² Os clássicos estudos de Mario Losano sobre informática jurídica e direito da informática apontam exatamente para este tipo de preocupação nas fronteiras das grandes transformações que promoveram mudanças e revoluções na história do direito. Em suas palavras: “A história do direito, e talvez toda a história da humanidade, é condicionada pelas três revoluções da escrita, da imprensa e da informática” (LOSANO, *Os grandes sistemas jurídicos*, 2007, p. 14).

¹³ Trata-se de uma fronteira tão recente dos estudos científicos do direito, que até mesmo a procura pela identidade da disciplina, e de sua nomenclatura mais apropriada, é debatida pelos especialistas, como revela o pioneiro estudo do autor: “... que se está convencendo chamar de direito virtual, direito do espaço virtual ou, ainda, direito da internet...” (DE LUCCA, “Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas conseqüências para a pesquisa jurídica”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), ps., 2005, p. 36).

¹⁴ A respeito, consulte-se os diversos estudos normativos e analíticos contidos em ASCENSÃO, *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*, 2002.

1. A sociedade digito-cêntrica e a crise da liberdade

Muitas são as formas de identificação da sociedade contemporânea, a partir de marcos referenciais os mais diferentes entre si. Utilizam-se, por isso, várias formas de batizamento, das mais usuais e disseminadas, às mais inusuais; podem-se destacar ‘sociedade da informação’¹⁵, esta amplamente disseminada, e, ‘sociedade pantécnica’, esta de circulação mais restrita¹⁶. Ambas as expressões são apropriadas para designar, seja o estado atual da técnica, seja a economia das trocas redimensionadas no plano da informação. Mas, para fins deste estudo, em oposição à clássica idéia de sociedade ‘antropocêntrica’, advinda do iluminismo humanista e do universalismo dos valores, empregar-se-á a expressão ‘sociedade digito-cêntrica’ ou ‘sociedade tecno-cêntrica’.

Isso porque, neste quadro de análise, aparentemente, a liberdade ganhou novos ambientes para se expressar. Nesse primeiro sentido, teria sido ampliado o seu espectro de suas manifestações. Através do uso de novas tecnologias, nos tornaríamos mais livres e mais comunicativos pelo simples fato de termos novos implementos que permitem operações de comunicação mais próximas, mais céleres e eficazes, reduzindo fronteiras, limites e círculos de privacidade. Num

¹⁵ De maior divulgação, ‘sociedade da informação’ é adotada nos estudos de inúmeros juristas, a exemplo de seu emprego por Newton De Lucca, José de Oliveira Ascensão e Celso Pacheco Fiorillo.

¹⁶ A expressão ‘sociedade pantécnica’ é veiculada através do artigo “Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica”, de autoria de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Do artigo, destaca-se o seguinte trecho: “No mundo pantécnico, dominado sobretudo pela tecnologia informática, este paradoxo, situado no terreno da simultaneidade e da rapidez das trocas de informações, provoca uma espécie de curto-circuito na noção de liberdade: toda decisão de informar torna-se, ao mesmo tempo, anárquica e conformada. Com isso, o conteúdo da noção de liberdade torna-se vazio” (FERRAZ JUNIOR, “Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica”, in *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*, 2011, p. 143).

segundo sentido, porém, haveríamos de perceber que o aumento da tecnificação da interação empobrece a qualidade da informação disponível¹⁷ e reduz o potencial comunicativo da própria interação humana empalidecida¹⁸, fazendo do encontro intersubjetivo uma atividade cada vez mais opaca, tornando ainda mais distantes as condições para a implementação da ‘situação ideal de fala’ – tomada como parâmetro normativo – para o exercício do *agir comunicativo*, ao qual se refere o filósofo alemão Jürgen Habermas, em seu estudo de 1976, *O que é a pragmática universal? (Was heisst Universalpragmatik?)*¹⁹.

¹⁷ Na perspectiva do jornalismo, isso significa o empobrecimento da forma como se produz informação: “Na busca incessante e neurastênica da novidade, e no medo de levar ‘furos’ ou ‘barrigada’, estão algumas das comprovações do fenômeno da convergência: as redações passam a trocar informações ou repetir notícias através daquelas geradas instantaneamente nos blogs, sites, agências, ou mesmo em outras mídias, iguais ou correlatas, mas também nas diferenciadas quanto à forma de veiculação, causando reforços exagerados de temas, repetições ou mesmo ausência de imaginação e criatividade para novos assuntos, sem falar, como no caso dos magazines, na sazonalidade da pauta, repaginada anual ou mensalmente. Os veículos ficaram muito semelhantes quanto ao conteúdo, variando no que qualifica a forma” (Salgado, Gilberto Barbosa, “Esfera pública midiática na América Latina: uma interpretação com as categorias habermasianas”, in *Teoria Crítica no Século XXI* (SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia, orgs.), 2007, p. 219).

¹⁸ A advertência é feita na perspectiva dos estudos sobre comunicação de Tercio Sampaio Ferraz Junior: “Na comunicação como um lugar virtual, porém, a troca de informações é cognitiva apenas pelo conteúdo das mensagens. Na verdade, em comunicação continuamos opacos. Por isso, a responsabilidade, que exige, no plano empírico, uma justificação, na medida em que admite soluções/argumentações adequadas ou interessantes para o problema veritativo a resolver, é no mundo virtual sempre precária. Precária não por força da relatividade das instâncias, mas por força da situação comunicacional sintética em que ego/tu se encontram na sua opacidade” (FERRAZ JUNIOR, “Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica”, in *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*, 2011, p. 153).

¹⁹ O ensaio de HABERMAS está publicado na coletânea *On the pragmatics of communication*, traduzida para a língua portuguesa e publicado sob o título *Racionalidade e comunicação*, 2002, ps. 09-102.

A ideia de redes de comunicação fortalece a perspectiva da quantidade, mas desqualifica a perspectiva da qualidade. O notório aumento da quantidade de mensagens veiculadas na *internet*, ou no *facebook*, identifica um *modus* de socialização recente, e cujas vantagens são claras, mas que transmuta o foco das relações de comunicação *inter praesentes*, para relações de comunicação *inter absentes*. A tecnificação da inter-ação continua dependente de traços que não se encontram no alojamento abstrato de relações potenciais e longevas, virtualizadas. No trânsito do *eu-e-tu* digitais, há perdas irreparáveis.

O aumento dos fluxos das comunicações e interações, muitas vezes, não é seguido senão por redes insustentáveis e superficiais, estruturando-se na base de laços líquidos²⁰, como combinatórias alienadas de ações estratégicas ou parciais, refluindo num aumento em massa da comunicação e dos fluxos informativos, sem uma necessária repercussão no aumento qualitativo da densidade da interação ou de uma alteração significativa nas formas de entendimento humano. A poluição informacional é um dos traços do desnorteamento da sociedade ‘digito-cêntrica’.

Constata-se, pois, que a constituição das redes de relações no espaço virtual trouxe seus benefícios e praticidades, já bem mapeadas e identificadas²¹. Mas, a era da *internet* também se abre eivada

²⁰ A respeito, o estudo sociológico detido sobre o problema, através do pensamento de BAUMAN, *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, 2003, ps. 13-39.

²¹ “O advento da *internet*, a criação da rede mundial de computadores e as modificações constantes e endógenas nas novas tecnologias permitiram a ampla transmissão de dados, com caráter de quase instantaneidade, sejam imagens, palavras, fotos, textos e hipertextos, além de incentivarem os sincretismos das mais variadas formas de aplicativos, linguagens, tecnologias e interfaces, sempre com características laboratoriais, algorítmicas e indexalizadoras. Nesse novo ambiente, popularmente batizado de virtual, mas na realidade ambiente de rede, um fenômeno galvanizou essas operações sumariadas no parágrafo, sendo já de senso comum, batizado de ‘multimídia’ ou ‘hipermídia’, e, para os mais sofisticados ou pedantes, ‘ciberespaço’; contudo, do ponto

de paradoxos e dificuldades, trazendo consigo *velhos* e *novos* riscos para a dimensão das liberdades.

Numa abordagem positiva, o espaço virtual: a.) acelera e impulsiona o comércio internacional; b.) colabora para a integração dos povos; c.) redimensiona a noção de espaço, projetando-o para a dimensão virtual; d.) elimina barreiras transfronteiriças, tornando a proximidade uma realidade; e.) amplia a visibilidade, a publicidade e a acessibilidade a dados e informações; f.) celeriza trocas, correspondências e transporte de dados; g.) desobstrui monopólios informativos e comunicacionais; h.) pluraliza o uso e acesso da cultura e da produção de bens culturais; i.) amplia o espectro de atuação da tecnologia no cotidiano não-especializado dos cidadãos; j.) permite uma interação renovada e globalizada esfera pública mundial; k.) pluraliza a integração dos meios de comunicação, tornando a circulação de ideias mais inventivamente passível de partilha comunitária do espaço virtual (*Share it!*); l.) amplia o acesso franco a conteúdos digitais a custos ínfimos; m.) abre portas para a pesquisa sem fronteiras e integrada no ciberespaço; n.) torna possível a descoberta de dados e informações, tornando remotos acessos a patrimônios antes remotamente acessíveis; o.) abre horizontes culturais aos internautas infinitos, que vão desde o acesso a bibliotecas virtuais, documentos raros, sítios culturais e informações institucionais, até línguas, povos, pessoas, sem limites de fronteiras, ou restrições físicas; entre outros efeitos.

Numa abordagem negativa, o espaço virtual: a.) inflaciona e polui os campos de acesso à informação, por sua massificação e pulverização ao infinito; b.) abre campo ao terrorismo digital, tendo

de vista meramente técnico foi definido como convergência, e suas sínteses criaram a ilusão de que as diferenças entre as mídias (sublinhe-se o plural) desapareceram, conquanto se possa, por extensão, uni-las na palavra mídia (constata-se o singular)” (SALGADO, Gilberto Barbosa. “Esfera pública midiática na América Latina: uma interpretação com as categorias habermasianas”, in *Teoria Crítica no Século XXI* (SOUZA, Jessé; MARTOS, Patrícia, orgs.), 2007, p. 217).

em vista a dependência que instituições, governos e dados têm de sua abertura ao mundo virtual; c.) institui a possibilidade de novas fronteiras à criminalidade, e até mesmo a novas modalidades de crimes, cujos limites transbordam clássicas concepções de fronteira; d.) torna a privacidade e a informação as mercadorias de um tempo; e.) projeta campos e possibilidades à turvada compreensão de mundo, a partir da guerra informacional; f.) cria a disputa, desestabilizadora de governos, pelos ‘pacotes de informações’ um campo de guerra entre o ‘detentor da informação’ e o ‘chantageado da era da informação’; g.) aumenta o grau de insegurança na administração, posse e circulação da informação, onde o roubo de dados, a *hackerização* de programas e a insegurança tecnológica aparecem como constantes ameaças; h.) amplia o poder do sensacionalismo de ocasião, pois o espetáculo virtual se converte no *hit* cuja expansão entre usuários pode ser ilimitada; i.) amplifica os resultados do impacto da informação, enquanto disponível à circulação; j.) redefine a fronteira da privacidade, nos termos de novas aproximações de violações a direitos e liberdades; k.) inclina o usuário do sistema a uma visão equivocada de irresponsabilidade pela opacidade virtual da qual usufrui ao constituir-se como ‘personagem virtual’ e não como ‘pessoa’, no trânsito das relações do ciberespaço; l.) permite o rebaixamento cultural através das facilidades trazidas pelos mecanismos de pesquisa, sendo a cultura do *Google it!* a tradução do novo parâmetro do exercício da pesquisa e da produção do conhecimento; m.) amplia os poderes de flexibilização das relações de trabalho, definindo as condições de uma jornada de trabalho estendida para além dos limites da jornada de trabalho, para dentro da dimensão do trabalho *on demand*; entre outros efeitos; n.) cria o tráfico de dados e informações, a ciber-criminalidade com finalidades danosas, invasivas e delituosas, aí incluindo a extorsão pela posse de informações desvantajosas; o.) torna possível o *cyberbullying* e outros conjuntos de práticas que tenham a ver com o constrangimento virtual e a ofensa à dignidade da pessoa humana; p.) torna possível a espetacularização da vida privada e dos dados

personais, a ponto de provocar oportunidade para o *cyberstalking*, fenômeno que é fruto da obsessão virtual, da invasão da privacidade e da vontade curioso de controle sobre a dimensão da esfera do outro, podendo redundar em perseguições e constrangimentos, ensejando efeitos danosos prevenidos ou reparáveis através de medidas legais diretas ou indiretas; etc.

Muitos destes fenômenos são frutos da era do espetáculo, da facilidade invasiva da comunicação, e da produção de uma consciência ‘do tudo a meu dispor no toque dos dedos’²². Dentre estes, um grande número já possui solução na dinâmica da legislação vigente, e pode encontrar soluções rápidas e efetivas do ponto de vista jurídico²³. No entanto, outros tantos fenômenos indicados estão desafiando a constituição de novas fronteiras para a cultura do direito, e que permitem acima de tudo a oportunidade para a abertura de visão em direção à dinâmica do direito digital. Muitos destes fenômenos têm a ver com a invasão da privacidade, com o abuso do uso de imagem, com a manipulação de informações danosas, com a geração de dano moral e patrimonial a pessoa física e/ou jurídica, com a violação de segredo de indústria, com o alargamento das fronteiras da liberdade e o esmagamento de outros valores garantidos pela ordem legal e constitucional. É nesta medida que devem ser incluídos, na dinâmica de preocupação da cultura dos direitos humanos, como tarefas de importante reflexão e consideração, na renovação da cultura do direito, diante dos mais recentes desafios que estão sendo conhecidos, mapeados, identificados e levados à análise do pensamento jurídico e da prática jurídica junto aos Tribunais.

²² Cf. CUNHA, “Eu persigo, tu persegues, nós perseguimos”, *Folha de São Paulo*, Terça-feira, Caderno E, São Paulo, 11 de setembro de 2012, ps. 04 e 05.

²³ A respeito, consulte-se PINHEIRO, *Direito digital*, 4.^a ed., 2010, ps. 300 e 301.

2. Ameaças na rede, segurança e o risco da impunidade virtual

O deslocamento para a dimensão desta *ágora virtual* não significa um transplante da *ágora real* ao ciberespaço, pois o indivíduo está mediado pelo dígito na constituição de sua ‘entrada na rede’. Essa pequena e breve constatação parece apenas parte de uma operação técnica, mas é, enfim, o cerne da distância entre *ego* e *alter* nesta ‘sociedade digito-cêntrica’. Afinal, é ‘na ponta dos dedos’ e ‘diante do dígito’ que se conta o *poder de negociação* entre cada parceiro de interação virtual, sabendo-se que este poder é reduzido a uma capacidade de tornar o outro uma vítima em potencial de seu ‘arbitrio digital’. Assim, o efeito *caos* da dispersão internética gera uma percepção distorcida da relação entre liberdade e responsabilidade, onde esta é prejudicada em favor da hiper-afetação daquela²⁴. Esta é somente mais uma frente de afetação entre *ego* e *alter*, agora mediados pelo dígito-centrismo.

Em seus estudos, José de Oliveira Ascensão afirma que: “Um dos mais graves problemas que a internet suscita consiste na possibilidade de ser utilizada como via para a difusão de conteúdos ilícitos”²⁵. Nessa linha de análise, a *internet* é meio, é veículo, é instrumento; assim, o caráter criminoso, o sadismo humano e a busca de impunidade ao comportamento desviante podem se manifestar *inter*

²⁴ “O indivíduo só é responsável dentro dessa teia comunicacional caótica. Ela não é uma instância, apenas um lugar virtual, que põe nossa opacidade em contato com a do outro” (FERRAZ JUNIOR, “Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica”, in *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*, 2011, p. 151). Ademais, em *Direito digital*, pode-se ler: “Devemos observar que a Constituição Federal de 1988 protegeu a liberdade de expressão em seu art. 5.º, IV, mas determinou que seja com ‘responsabilidade’” (PINHEIRO, *Direito digital*, 4.ª ed., 2011, p. 84).

²⁵ ASCENSÃO, “Conteúdos ilícitos na internet: uma resposta original da lei portuguesa”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, Vol. II, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), ps. 301-318, 2008, p. 301.

praesentes ou *inter absentes*, pelos mais variados mecanismos de interação. Nesse sentido, o Brasil tem-se destacado pelo volume de adesão ao espaço virtual, mas também pelo número de violações²⁶. Mais além ainda, a *internet* potencializa, ainda, a criação de novas armas, na medida em que o jogo entre pessoas, agora se afirma como um jogo de informações entre ‘*personagens virtuais*’. Nesse jogo, por vezes, fica difícil retirar as máscaras, para identificar ‘pessoas’ em ação.

Nesta medida é que preocupa o uso instrumental da rede, bem como o abuso da rede. A sensação de deslimite desobstrui o potencial destrutivo de certas atitudes dentro da rede, constituindo o efeito *nuvem* da *internet* no esconderijo preferencial para a maquiagem virtual a ações anti-sociais, manifestadas pelo *bullying* virtual, pela pedofilia transfronteiriça, pela facilitação do tráfico internacional de pessoas, pela divulgação de doutrinas neo-nazistas, discursos de ódio (*hate speech*)²⁷, expressões de racismos e perseguições a minorias, pelo fortalecimento de redes de crime organizado, pela facilitação massiva da contrafação e da violação de direitos de propriedade

²⁶ “Pode parecer curioso, mas o Brasil, consoante os últimos levantamentos feitos pela organização *Attrition*, ocupava a primeira colocação em número de ataques piratas de internautas (3,56% de todas as invasões ocorridas no mundo), à frente dos Estados Unidos da América, com 2,65%” (CONCERINO, Arthur José, “Internet e segurança são compatíveis?”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), pp. 153-178, 2005, p. 166).

²⁷ “Discurso do ódio (*hate speech*) abrange ‘manifestações... que se prestam a insultar, intimidar ou incomodar uma pessoa ou um grupo, bem como aquelas manifestações que se prestam a conclamar à violência, ao ódio ou à discriminação’. A razão do ódio ou da discriminação é quase sempre ‘raça, religião, gênero ou orientação sexual’. Por isso, o tema do discurso do ódio também é discutido no contexto do tema da agitação racista” (BRUGGER, Winfried, “Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre a Alemanha e os EUA”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), p. 179-194, 2007, p. 180).

intelectual²⁸. O inventário destas preocupações toca em diversos campos, e por isso, afeta a percepção de que o uso da rede não pode ser imoderado²⁹. Outra destas percepções é a de que os meios clássicos do direito são insuficientes para prevenir e para remediar de forma adequada as situações ofensivas e lesivas³⁰.

Se as dimensões do espaço virtual rompem com as conhecidas limitações do espaço físico, o próprio alcance dos efeitos das ‘ações digitais’ se manifestam corporificadas numa dimensão que, agora, é tomada como ponto de apoio para plurais canais comunicativos, tornando a tarefa da ‘fiscalização’ uma tarefa que se exerce na dimensão de um espaço público, aberto e transfronteiriço. Um fato é que a *internet* resignificou a noção de fronteira; quando as fronteiras digitais erodiram as fronteiras como limites dos Estados-nação, uma nova onda de manifestação da integração entre povos tornou-se possível. Por isso, a noção de ‘território’ não é a mesma desde então, o que torna a tarefa da cultura do direito mais complexa³¹, na medida

²⁸ “Especificamente no Brasil, os crimes mais comuns na rede são o estelionato e a pedofilia” (PINHEIRO, *Direito digital*, 4.^a ed., 2011, p. 298).

²⁹ “Sofisticadas fraudes comerciais e bancárias, a pornografia infanto-juvenil, os crimes contra a ordem pública e ordem tributária, a lavagem de dinheiro, os crimes contra a honra e ameaças especialmente em site de relacionamento como o *Orkut* têm se revezado no topo do *ranking* das manchetes e discussões que envolvem a denominada criminalidade informática” (DAOUN, Alexandre Jean, “Crimes informáticos e o papel do direito penal na tecnologia da informação”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, Vol. II, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), pp. 173-204, 2008, p. 173).

³⁰ Eis a externada preocupação de José de Oliveira Ascensão: “Os bens atingidos podem ser de ordem muito variada. Podem ser, nomeadamente: – Os direitos das pessoas: invasão da privacidade; – A ordem pública: mensagens subversivas; – Os bons costumes: mensagens obscenas; – Os direitos intelectuais. Quem é então o responsável? E como se combatem estas violações, uma vez que os meios clássicos não são adequados?” (ASCENSÃO, *Direito da internet e da sociedade da informação: Estudos*, 2002, p. 78).

³¹ “As comunicações baseadas na interação entre computadores elevadas a códigos hipertextuais e com efeitos transfronteiriços criaram um domínio das relações humanas que fragmenta a legitimidade das normas baseadas no

em que tem de se tornar transfronteiriça³². Assim, o dimensionamento dos efeitos das ‘ações digitais’ são globais, ainda que os recursos para o tratamento das ‘questões digitais’ esteja ainda precariamente atrelado a legislações pontuais, geralmente a partir de marcos normativos nacionais, ou supra-nacionais, mas ainda assim, neste último caso, geo-espacialmente delimitadas em seus campos de alcance.

A segurança na rede encontra-se, portanto, num desnível com relação à sua amplitude. Esta é global, pulverizada, transnacional, e produz conteúdos com caráter definitivo. Aquela é local, limitada e articulada na base de recursos definidos pelos limites da lei. Porém, iniciativas interessantes têm sido conduzidas pelas tarefas da ‘investigação de crimes digitais’, em seu aspecto policial, indicando-se com isso que, como em qualquer outra dimensão em que se projeta a atividade humana, deve haver “policiais da rede”, investigadores especializados e meios de denúncia efetiva³³. Também, se pode destacar o perfil de trabalho desempenhado pela *Safernet* que atua no sentido de articular, com instituições públicas de alta credibilidade, o atendimento a demandas de usuários vítimas de violações de direitos humanos, o atendimento a denúncias de ‘cidadãos digitais’ que identificam páginas e conteúdos que promovem a violação de direitos humanos, tornando possível frentes de trabalho no sentido de mapear, identificar, desenvolver um conhecimento, educar e pre-

domínio estatal, fronteiras geográficas e territorialidade” (BASSO, Maristela, POLIDO, Fabrício, “Jurisdição e lei aplicável na internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, Vol. II, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), ps. 443-489, 2008, p. 443).

³² “A internet muda o clássico conceito de território, e a noção de soberania também sofre transformações” (LIMBERGER, Têmis, “Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), ps. 195-225, 2007, p. 200).

³³ “O maior estímulo aos crimes virtuais é dado pela crença de que o meio digital é um ambiente marginal, um submundo em que a ilegalidade impera” (PINHEIRO, *Direito digital*, 4.^a ed., 2011, p. 301).

venir, como também combater a *cyber*-criminalidade, apresentando ao usuário uma consciência de uso democrático do espaço virtual³⁴.

3. O potencial político da *internet* e a ‘democracia virtual’

A descoberta do papel político da *internet* não é recente. Eleições se ganham e se perdem a partir do bom uso de seu ferramental, o que define que o jogo dos interesses políticos aposta cada vez mais nestas ferramentas, onde o internauta define muita coisa. A seguinte notícia do *The New York Times* dá conta de manifestar a dimensão da questão, em toda a sua atualidade: “A mídia social amplifica as vozes de cidadãos a tal ponto que os políticos estão constantemente reagindo às exigências mutáveis do público on-line. Essas vozes tornam mais difícil para o governo planejar para o longo prazo. *Howard Wolfson*, vice-prefeito da cidade de Nova York, disse ao *Times* que a mídia social ‘cria ao mesmo tempo oportunidades – de compartilhamento de informação e de empoderamento dos cidadãos – e desafios para os governos, as empresas e a mídia enxergarem além do próximo *tuíte* ou do próximo posto no *blog*”³⁵.

Mas, quando se invoca a ideia de papel político da *internet*, o seu sentido mais concreto e palpável data, claramente de 2011. Se em 2001, tornou-se possível na aparição da esfera pública global, tal como identificada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, em função dos atentados às torres gêmeas em *New York*, o ano de 2011 passa a ser o do uso de resistência da *internet*, para a articulação e para a promoção dos eventos políticos que ficaram conhecidos como ‘Primavera Árabe’³⁶. Se de início as redes sociais possuíam um sentido

³⁴ Sobre o trabalho e as ferramentas disponível na página da *SaferNet*, consulte-se www.safernet.org.br.

³⁵ *The New York Times*, Folha de São Paulo, 23 de abril de 2012, *Governo via Twitter*.

³⁶ A este respeito, pode-se invocar a matéria de Vladimir Safatle, publicada na *Folha de São Paulo*, Caderno Ilustríssima, *A volta do parafuso*, 22 de Janeiro de

marcadamente narcisista e individualista, o uso egocêntrico da rede cedeu espaço para um novo uso, cujo sentido coletivo e político se tornou marcante, desde então³⁷. Ainda que os laços humanos das redes sociais sejam mais superficiais, em sua generalidade, percebeu-se o seu potencial político com a descoberta de que a fluidez e a virtualidade joga a favor da comunicação célere e de massa³⁸; desta forma, a mobilização encontra um novo nicho fácil e plural de recrutamento, em busca permanente de ‘adeptos virtuais’. Assim, as fronteiras virtuais criam um novo espectro de distensão liberal por direito e de participação política³⁹.

Com a *internet*, tem-se podido assistir à emergência de fenômenos como a ‘cidadania virtual’ e tem sido possível a construção

2012, ps. 6 e 7.

³⁷ “A igualdade e a justiça comunicativas supõem a pluralidade e a abertura dos procedimentos comunicativos, em termos compatíveis com a confrontação ideal e espiritual que caracteriza a vida em sociedade e com a autônoma formação da opinião pública e da vontade política” (MACHADO, Jónatas E. M., “Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), p. 101-155, 2007, p. 104).

³⁸ “Adicionalmente, ressalta-se a potência da interatividade da informação digital, por conta de sua razoável independência do suporte físico” (PEDRO, Maria Leite Ribeiro, “A inclusão do outro na sociedade digital – reflexões sobre inclusão e alteridade”, in *Informação e democracia: a reflexão contemporânea da ética e da política* (GÓMEZ, Maria Nélide González de; LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de, orgs.), Brasília: Distrito Federal: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, 2011, p. 125).

³⁹ A filosofia que se concentra em torno dos estudos de Jürgen Habermas também identifica este mesmo potencial comunicativo na rede: “E isso torna possível a participação das pessoas na discussão de opiniões públicas e de pretensões de validade concorrentes. Mesmo que não participem sempre da articulação das opiniões, isso não impede que elas participem da avaliação dessas opiniões” (SIEBNEICHLER, Flávio Beno, “Razão comunicativa e técnicas de comunicação e informação em rede”, in *Informação e democracia: a reflexão contemporânea da ética e da política* (GÓMEZ, Maria Nélide González de; LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de, orgs.), Brasília: Distrito Federal: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, 2011, p. 32).

de uma ‘cidadania global’. Participam desta reemergência política contemporânea ‘personagens virtuais’ cada vez mais representativos, dentro e fora da rede, tais como ‘blogueiros’, ‘ciberativistas’ e ‘militantes virtuais’. As arenas virtuais e a oportunidade para a ‘radicalização da democracia’ tornam-se viáveis pelos instantes de clics; o protagonismo de ciberativistas tem efeito imediato e dilatado. Assim é que a cultura das redes emancipa e promove a oportunidade de viabilizar a extensão e a radicalização da democracia, pela via do aumento do grau de integração entre ‘atores virtuais’.

O conceito de ‘democracia virtual’, ainda que esfumaçado, começa a ganhar valor e a definir-se como uma exigência política do ambiente de rede. Se os intentos de *Direito e democracia*, de Jürgen Habermas, procuravam algum meio para se realizar, através da energia e da sinergia dos usuários da rede, este é um recurso técnico não desprezível; o potencial político, democrático e cidadão da *internet* deve ser reconhecido pela capacidade que possui de agregar, informar e mobilizar por causas de interesse público e comum⁴⁰. As facilidades que ocasiona, pela acessibilidade, baixo custo, rapidez e amplo alcance da circulação de informações, torna seu potencial um incrível instrumento de aprimoramento do convívio democrático e cidadão.

Porém, ponderar a diferenciação entre o que é ‘baderna virtual’ e o que é ‘relevância política’ é por si mesmo o que volta a cobra de cada cidadão mais do que a imediatidade do impulso de um clic, mas

⁴⁰ “Por fim, sabe-se que a informação e a comunicação são a energia mais importante das redes sociais, operando em dois planos de participação dos agentes. Primeiro, como destreza técnica, cognitiva e política para a mobilização e a participação; segundo, como criação de identidade social de pertencimento a uma sociedade baseada no valor do conhecimento e da informação” (MARTELETO, Regina Maria, “Redes sociais: formas de participação e de informação”, in *Informação e democracia: a reflexão contemporânea da ética e da política* (GÓMEZ, Maria Nélida González de; LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de, orgs.), Brasília: Distrito Federal: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, 2011, p. 182).

a prudência crítica e ativa de perseguir a relevância pública pelos meios adequados, onde responsabilidade, consciência e engajamento cobram algo mais do que a capacidade de simplesmente estar ‘antenado’. Isso diz um pouco o quanto a questão da legitimidade dos atos democráticos, a pedirem a adesão dos ‘cidadãos virtuais’, continua sendo por si mesma a revelação de um ‘ato de cidadania’ como expressão da mais alta entrega política na consciência de humanidade. Por isso, que o mero abuso dos meios virtuais não seja considerado instrumento de mobilização, mas precária forma de manifestação do desregramento virtual. Nesta medida, a cibercultura política continua dependente da consciência cidadã, pois participação implica formação, e formação implica aspectos que não são nem determinados e nem controlados pela rede, por serem anteriores e externos a ela. Assim, por vezes, saber discernir tem a ver com não deixar-se ‘arrastar’ pelos impulsos de ocasião, e, por vezes, ‘protagonizar’ processos de luta por transformação social.

4. Internet e liberdade: expressão e ‘responsabilidade digital’

Toda a discussão sobre os usos e abusos da *internet* – do ‘espaço virtual livre’ – levam diretamente à discussão sobre os limites da liberdade de expressão. Já que existem mais elementos que depõem a favor da rede, do que o contrário, toda restrição à liberdade deve ser sempre vista como uma exceção. E mais, toda exceção deve ser justificada. O terreno é movediço, mas algumas pistas podem ser seguidas.

Nem tudo que é propalado como ‘liberdade’, como, inclusive, a própria defesa incondicional da *liberdade de expressão*, deve ser entendido como liberdade, e nem tudo que é proto-crítico deve ser assumido como vanguarda. A apologia da liberdade irrestrita pouco auxilia neste domínio, pois a ideia da *internet* como um ‘território livre’ é irrazoável, e gera a equívoca percepção ao usuário de que a

‘liberdade real’ é restrita pelas imposições do *direito* (interpretado como ‘castrador’ da liberdade, e não como ‘protetor’ da liberdade), e de que a ‘liberdade virtual’ deveria ser mantida irrestrita, ilimitada e absoluta. Isto equivale a dizer que, se tivéssemos descoberto novas fronteiras de territórios reais, quiséssemos manter a lei, as instituições, o governo e o controle social fora destes novos domínios, mantendo-os restritos aos velhos domínios. O mesmo se aplica à ideia da ‘descoberta’ (em verdade, criação) das dimensões extensíveis ao infinito do universo virtual.

Esse uso equivocado vem propalando a concepção da *internet* como ‘terra de ninguém’, lugar onde se manifesta o ‘tudo pode’, ao estilo de um ‘vale tudo virtual’ (UFC virtual), onde o *ab-uso* dos poderes de expressão e manifestação permite até mesmo o encontro com o arbitrário do discurso, com a opressão pelas palavras, com o exercício de falas que causam constrangimento, com a deflação de sujeito e reflexão ‘atrás dos teclados’. Atos, falas e ações que geram danos a outrem não podem estar protegidos atrás da rede. Na *internet* se pode ver e ser visto, especialmente nas redes sociais, tudo mediado pela ‘tela’ e pelo ‘dígito’, que permitem o constrangimento do outro, na medida em que, no ambiente virtual, desaparecerem os ‘freios morais’, tornando-se possível também o ‘autoritarismo digital’. De posse de um computador, de um teclado, e das técnicas de disseminação de informação, o novo ‘personagem digital’ se vê ‘empoderado’ de um arbítrio que usa conforme suas faculdades e conveniências. Nesta medida, todo tipo de aberração (ideias, concepções, opiniões, demonstrações, exposições, criações...) pode encontrar expressão nos meios virtuais. Em meio à anarquia digital, de onda em onda, as redes sociais podem disseminar o que há de melhor, mas também o que há de pior⁴¹. Assim, percebe-se que o ambiente virtual pode encriptar as

⁴¹ A ideia de curto-circuito também dá conta de delimitar este campo do caos informacional e do deslimite da responsabilidade: “Na crise contemporânea do curto-circuito da informação existe a crise do intermediário, daquilo que está entre a responsabilidade e a responsabilização. Nessa crise, a liberdade só

mais nefastas formas de socialização, ou de depreciação do outrem, gerando todo tipo de conduta social e anti-social, de modo que ao ponderar o seu bom uso, não se deve descartar o seu mau uso; na mesma medida, o mau uso não deve impossibilitar a continuidade do bom uso.

5. *Internet*, pluralismo comunicativo e limite à liberdade de expressão

A centralidade da liberdade de expressão, quando a questão é a sobrevivência da *Internet*, está em tela⁴². Para isso, o controle autoritário da rede é uma má resposta. Se a *internet* valoriza o pluralismo comunicativo, potencializa uma comunicação expandida e permite a evasão de energias comunicativas, e somente por isso deve ser valorizada. Por isso, em seu circuito, a ideia de liberdade de comunicação é tão valorizada. Esta valorização tem a ver com este seu caráter de ‘direito-mãe’, a que se refere Jónatas E. M. Machado, quanto a uma série derivada de tantos outros direitos dele dependentes⁴³. Mas, esta liberdade não carrega em suas costas toda a sustentação da rede;

é percebida negativamente. Ou seja, pode-se dizer que liberdade, todos sentem quando a perdem, mas ninguém sabe dizer o que é” (FERRAZ JUNIOR, “Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica”, in *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*, 2011, p. 147).

⁴² No capítulo “O direito autoral sobreviverá ao desafio da internet?”, Henrique Gandelman afirma: “O fato é que o ciberespaço modifica certos conceitos de propriedade, principalmente a da intelectual – atingindo também princípios éticos e morais tradicionais, o que vem dando origem a uma nova cultura baseada na ‘liberdade de informação’ ” (GANDELMAN, *De Gutenberg à Internet*, 2007, p. 185).

⁴³ “O direito à liberdade de expressão constitui o *direito-mãe* a partir do qual as demais liberdades comunicativas foram sendo gradualmente autonomizadas tendo em vista responder às sucessivas mudanças publicísticas, tecnológicas, econômicas e estruturais ocorridas no domínio da comunicação” (MACHADO, Jónatas E. M., “Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites

ao seu lado, caminham outros valores que sustentam a *e-dimension*; segurança, privacidade, interatividade, comércio são outros pontos de apoio do sistema.

É possível opor, na perspectiva dos estudos atuais sobre o tema, na esteira de compreensão de Frank I. Michelman, à ideia de liberdade de expressão (identificada como ‘tênue’), em sua interpretação tradicional, a ideia de uma liberdade de expressão democrática (identificada como ‘densa’)⁴⁴. A liberdade de expressão tênue implica apenas uma negativa de sua invasão e se constitui na dimensão de um *laissez faire, laissez passer*⁴⁵. Por sua vez, a liberdade de expressão densa ou democrática implica um outro tipo de atitude, a saber:

“Significa, antes, que as leis do Estado terão sido criadas para assegurar que as oportunidades e potencialidades reais para expressar e comunicar ideias e opiniões estão

constitucionais negativos”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), p. 101-155, 2007, p. 104).

⁴⁴ “A liberdade de expressão densa, em contraste, significa tanto algo mais quanto algo diferente. Significa uma situação na qual a expressão não é juridicamente livre, mas é material e socialmente livre. Em outras palavras, isso significa que as oportunidades e capacidades comunicativas de alguns membros da sociedade não estão sendo injustamente oprimidas por atos e decisões, não só do Estado, mas de outros agentes na sociedade. Outro nome que tem sido usado recentemente para esta maneira de conceber a liberdade de expressão é liberdade de expressão ‘democrática’; espero indicar logo porque este é na verdade um termo adequado para ela” (MICHELMAN, Frank I., *Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos*, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), ps. 49-61, 2007, p. 51).

⁴⁵ “Em uma concepção tênue, jurídica, a liberdade de expressão está em vigor tão logo o Estado se abstenha de reprimi-la ou obstruí-la por meio de seus próprios atos e leis. A liberdade de expressão tênue significa pura e simplesmente que o Estado não impõe nem faz vigorar nenhuma lei contrária à livre expressão do pensamento” (MICHELMAN, Frank I., “Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), ps. 49-61, 2007, p. 59).

mais ou menos distribuídas de modo igual e que não são injustamente restringidas por tomada de decisão e direcionamento privados. Isso significa que o Estado por vezes terá de legislar de modo a restringir a liberdade de expressão subjetiva de alguns – digamos, a liberdade de gastar sem limites em campanhas políticas, ou de insuflar preconceito contra grupos étnicos – a fim de garantir a liberdade de expressão para todos”⁴⁶. Não sendo um direito absoluto, não se pode considerar a liberdade de expressão uma forma de demonstração da lógica do absurdo: tudo à liberdade, e nada aos deveres. Liberdade e igualdade têm de se equilibrar, nesta perspectiva⁴⁷.

Isto está bem assentado na compreensão do constitucionalismo contemporâneo, que não se baseia em valores perenes, absolutos e constantes, pois os direitos e liberdades convivem num espaço denso, rico e político de atritos e tensões normativas permanentes, como se constata através dos estudos de Luís Roberto Barroso⁴⁸.

⁴⁶ MICHELMAN, Frank I., “Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), ps. 49-61, 2007, p. 59.

⁴⁷ “A liberdade de expressão densa e democrática, portanto, demanda seja observada a proporcionalidade entre a proteção das liberdades subjetivas dos indivíduos de se expressarem como desejam e a promoção de uma igualdade básica entre as pessoas no que concerne a ter uma justa oportunidade de ter suas percepções, opiniões e vontades ouvidas e avaliadas nos canais e fóruns de discussão da sociedade” (MICHELMAN, Frank I., “Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), ps. 49-61, 2007, p. 59).

⁴⁸ “Independentemente da tese que se acaba de registrar, é evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria constituição” (BARROSO, Luís Roberto, “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”,

É dinamicamente que os direitos constitucionais e as liberdades fundamentais vão se afirmando através da criação e da aplicação do direito. Dentro do ambiente constitucional, os valores da liberdade, da igualdade, da honra, da intimidade, da vida privada, da comunicação social, da liberdade de imprensa, etc. têm de conviver. Os conflitos entre liberdades vão ganhando contorno na medida em que incidentalmente entram em confronto entre si, gerando a necessidade da aplicação que considera o *balancing* o meio de equalizar diferenças e assimetrias, desproporções e ‘usos abusivos’ das próprias razões. Nesse sentido, todo ‘uso abusivo’ é um deslimite, uma ruptura com o razoável, uma forma de demonstração de que é necessária a apreensão à liberdade de comunicação⁴⁹.

No atual estágio da ‘sociedade digito-cêntrica’, se a visibilidade e a transparência definem muito da liquidez do espaço virtual, a privacidade ganha um novo sentido, pois agora é o combustível dos processos de troca virtual, especialmente nas redes sociais. “Os dados pessoais são o petróleo que move a internet. Cada um de nós está

In *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), ps. 63-100, 2007, p. 84-85).

⁴⁹ “Justamente quando a convivência entre os direitos ou princípios fundamentais não seja possível é o momento em que se verifica a referida colidência, fruto de incontestável abuso no exercício do direito por parte do titular; observando-se, inclusive, que as situações que se verifica a hipótese normalmente envolvem a liberdade de informação que fica maquiada em excesso, ou seja, a liberdade voltada para a deformação” (PODESTÁ, Fábio Henrique, “Direito à intimidade em ambiente da internet”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), ps. 179-207, 2005, p. 198). Nesta mesma linha: “A solução de conflitos entre o direito à informação e os direitos de personalidade, entre os quais destacamos o direito à vida, o direito à honra, o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito à imagem, é confiada ao legislador, o qual realiza a ponderação dos bens envolvidos, visando resolver a colisão perante o sacrifício mínimo dos direitos em jogo” (SVALOV, Bárbara, “O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade”, in *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais* (GOZZO, Débora, coord.), São Paulo, Saraiva, 2011, p. 70).

sentado sobre nossas próprias vastas reservas”, lê-se no *The New York Times*⁵⁰. Assim, cada usuário que se expõe, expõe a própria vida pessoal, a própria identidade, a própria privacidade, a um conhecimento generalizado, cujo uso torna-se, a um certo momento, incontrolável. Começa-se a definir a tarefa de exercício de responsabilidades das empresas que traficam e trabalham com estes dados⁵¹.

Afinal, a primeira lição que o direito confere é a de que não existe liberdade sem limite. Assim, não se pode tomar o avanço da tecnologia como a máscara atrás da qual se encobrem os abusos e as violações a direitos⁵². Ao avanço da circulação de dados e informações na *internet*, deve-se ressaltar o respeito aos direitos da personalidade como expressões dos direitos humanos fundamentais. A liberdade de comunicação, muito menos, pode ser utilizada como ‘cortina de

⁵⁰ *The New York Times*, in Folha de São Paulo, *Protegendo a privacidade on-line*, São Paulo, 13 de fevereiro de 2012.

⁵¹ O que tem levado as empresas a comparecem no espaço público midiático para se defender, a exemplo da *Google*, quando afirma: “Não coletamos informações adicionais sobre os usuários. Nunca vendemos dados pessoais. E continuaremos a utilizar a melhor segurança do mercado para manter suas informações a salvo. O *Google* acredita no direito à escolha e no controle do usuário. O internauta tem total liberdade de não concordar que o compartilhamento de informações aprimorará a sua experiência de uso da *internet*”, conforme escreve Alma Whitten, diretora global de privacidade para produtos e engenharia da *Google*, em 12 de março de 2012, em *Tendências e Debates*, Folha de São Paulo, A3 (*Google: controle nas mãos do usuário*).

⁵² É o que afirma, na linha da proteção dos direitos da personalidade, Roberto Senise Lisboa: “O avanço tecnológico não pode jamais se constituir em um meio de violação dos direitos da personalidade, que exsurgem na sociedade da informação como direitos individuais indisponíveis e de relevância social, de tal sorte que apenas em situações excepcionalíssimas, mediante decisão judicial devidamente fundamentada, é que se poderia permitir a violação da privacidade, inclusive nas comunicações efetuadas via *internet*” (LISBOA, Roberto Senise, “A inviolabilidade de correspondência na *internet*”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), ps. 509-535, 2005, p. 528). A respeito, consulte-se, no âmbito da relação entre liberdade e informação, MACHADO, *Direito à informação e meio ambiente*, 2006, ps. 31 e 32.

fumaça' a justificar o arbítrio, o abuso e o uso autoritário das próprias razões. O direito comparece, neste sentido, como forma de equalizar a co-relação entre *ego* e *alter*, pois direito não é somente expressão do *eu*, é, na boa definição, fundamentalmente reciprocidade (*nós*)⁵³.

6. Internet e a 'integridade virtual' da pessoa humana

No Brasil, como indicam os estudos especializados, o grave problema da *internet* reside na esparsa e ainda limitada legislação, e, portanto, na carência de um marco regulatório unificado, sistematizado e efetivo; do contrário, corre-se o risco de se viver, em ambiente de rede, num 'faoreste informático', invocando-se a feliz metáfora de Têmis Limberger⁵⁴. Se há exemplos na experiência de outros países, como Portugal, eles são válidos recursos para esta tarefa de nacionalização destas preocupações. Por isso, é de premente utilidade a criação de um marco regulatório que pacifique os contornos da *regulação da coexistência virtual*, acenando para propostas de solução de conflitos e responsabilidade dos provedores, albergando conteúdos e conceitos já tradicionais em outras áreas, mas que precisam ter tratamento unificado, sistemático e coeso.

Às potências técnicas da 'sociedade digito-cêntrica', esta idolatrada por suas vantagens, deve-se opor as potências do 'valor da pessoa humana'. Este, para sua consideração, não pode depender e

⁵³ "Depois, em segundo lugar, por se ter vindo a introduzir, também em Direito, a certeza de que só por existir influencio os outros; todos os meus actos actuam sobre os outros; e não existo/vivo/evoluo/auto-crio-me sem os outros. Assim, relação jurídica quer dizer realisticamente *nós*" (CAMPOS, "O direito em nós", *Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Set./Dez.*, 2008, p. 557).

⁵⁴ "Desde logo, percebe-se que o Brasil deve promover esforços para legislar sobre o tema, sob pena de ser um país destituído de uma legislação específica, ficando à margem deste momento histórico, transformando-se em um 'faroeste informático'" (LIMBERGER, Têmis, "Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão", In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), p. 195-225, 2007, p. 197).

nem ser negligenciado, em função de contextos sociais específicos, do estado social da técnica, nem mesmo em favor desta ou daquela conjuntura sócio-política. Alçar a dignidade da pessoa humana ao patamar de valor dos valores (art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948), significa afirmar que sua projeção não tem fronteiras, e, por isso, tem de ser respeitada, dentro ou fora do ambiente virtual. Aliás, do fundamento universal de proteção à pessoa humana, pode-se afirmar que deriva o respeito aos direitos humanos no espaço virtual.

Assim é que na atualidade desta correlação entre liberdade e dignidade, pode-se falar em ‘responsabilidade digital’ como forma de apurar e aferir a impossibilidade da impunidade no espaço virtual. De um lado, a tendência é a de re-dimensionamento da integridade da ‘pessoa’ nos termos das múltiplas cadeias de relações informativas de seus códigos identificadores, onde a reconstrução de ‘pessoa’, no espaço virtual, corresponde a uma outra identidade, a ‘identidade virtual’, para o que, ou o indivíduo ‘existe para a rede’, ou, simplesmente, é um ‘nulo’⁵⁵.

De outro lado, a tendência é a de criação de um consenso mínimo que defina tarefas negativas e positivas, para o exercício concreto da responsabilidade nas interações virtuais, e para o estabelecimento de níveis de civilidade que representem formas de respeito a direitos humanos. As regulamentações não são por isso arbitrárias, mas manifestações das necessidades de delimitação entre o campo de ação e intervenção entre *ego* e *alter*. Se a ‘liberdade’ possui limites, a ‘liberdade virtual’ também possui limites. Aliás, a própria ideia de

⁵⁵ “O fato a ser reconhecido é que, fora da rede (rede normativa, do Estado, das organizações privadas, de informações comerciais, de cadastramentos, de registros civis, de registros bancários, de empregados na empresa, de analistas de mercado, de informações em geral, etc.), qualquer um, se pensado isoladamente, é um nulo” (FERRAZ JUNIOR, “Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica”, in *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*, 2011, p. 153).

democracia e de Estado Democrático de Direito torna estas exigências atuais, como destaca Celso Pacheco Fiorillo⁵⁶.

Assim, o ser pessoa, a que se refere Diogo Leite de Campos⁵⁷, que é algo, simultaneamente, da estrutura uni-pessoal do indivíduo, e da estrutura social do convívio, carece, portanto de investimentos e implicações no *ciberespaço*. A longo prazo, perceber-se-á a criação de uma interdependência de cujos benefícios nasce a solidariedade exercida como co-responsabilidade, entre os povos⁵⁸; a tendência não pode ser outra senão a de criação de necessidades cada vez maiores entre povos e nações, que atraiam a níveis de reciprocidade mais elevados, na co-dependência das tarefas de recriminação de delitos virtuais. Se a ‘integridade virtual da pessoa humana’ é um desafio para a cultura da dignidade humana, é exatamente por isso que sua atualidade, e sua dificuldade, convidam à reflexão.

7. Em busca de um marco normativo: os Projetos de Lei brasileiros

O tiroteio de opiniões sobre o tema tem acendido grande polêmica, seja no mundo virtual, onde se registra um abaixo-assinado de internautas pela *Internet* livre, do qual consta aproximadamente um número de 300.000 assinaturas, seja no mundo dos debates acadê-

⁵⁶ “... a democracia dos meios de comunicação social, para se tornar efetiva, necessita de controles impostos em decorrência dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, mas adaptada à estrutura básica deste” (FIORILLO, *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, 2009, p. 95).

⁵⁷ “O estatuto jurídico da pessoa depende, nos seus traços fundamentais, da personalidade, do ‘ser pessoa’. Assim, os direitos humanos (da personalidade, de ser humano) decorrem do valor moral da pessoa e da dignidade de ‘ser pessoa’” (CAMPOS, *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)*, 2009, p. 47).

⁵⁸ “A dimensão do ‘nós’- em que todos são constituintes do eu e o eu constituinte de todos – aparece na imensa interdependência da aldeia global. Em que o bater de asas de uma borboleta na Amazônia faz chover em Lisboa” (CAMPOS, *As relações de associação: o direito sem direitos*, 2011, p. 52).

micos, onde se registra grande indefinição no posicionamento sobre o tema, despontando estudos e pesquisas mais sérias nos últimos anos sobre o tema. Do ponto de vista da mídia impressa, o Editorial da *Folha de São Paulo*, em 03 de junho de 2012, registrava a opinião de que “é preciso estabelecer limites e criar normas que protejam o investimento em conteúdo e os direitos autorais na rede mundial de computadores”, e, em seguida, “a criação de produtos intelectuais, de informação e de entretenimento, seja no mundo físico, seja no digital, demanda custos e esforço. Assegurar os dividendos não é um ato opressor. Ao contrário, e o mecanismo elementar que garante a geração de conteúdos de qualidade”⁵⁹. Atualmente, na perspectiva brasileira, destacam-se três iniciativas no sentido da regulamentação da *internet*: 1.) Projeto de Lei n. 84/1999 (Lei Azeredo); 2.) Projeto de lei n. 2.793/11; 3.) Projeto de Lei n. 2.126/11 (Marco Civil da Internet).

A ideia de regulação da *Internet* avança, pois, mas sem rumo muito definido, sendo que os três projetos podem ser aprovados em conjunto, ou em separado, sendo a unidade da matéria a melhor forma de proceder no tema, considerando-se inclusive os debates para a incorporação dos crimes virtuais na reforma do marco normativo do direito penal brasileiro, na revisão do Código Penal de 1940.

Esta particular pressão política para a edição de norma específica traduz a questão, amplamente divulgada pela mídia, da exposição da nudez da atriz Carolina Dieckmann, que tornou ainda mais pronun-

⁵⁹ Na opinião de especialistas também: “Do exame do direito comparado, impõe-se a necessidade de regulamentação em nosso país da matéria, por, no mínimo, dois aspectos importantes: a proteção dos direitos dos cidadãos e a necessidade de oferecer um nível de proteção adequado nas relações comerciais internacionais. De nada adianta um país europeu oferecer um nível de proteção razoável internamente se as relações de comunicação hoje transcendem fronteiras. O Estado brasileiro deve promover a edição de lei específica, sob pena de perder competitividade nas relações comerciais internacionais” (LIMBERGER, Têmis, “Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão”, In *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações* (SARLET, Ingo Wolfgang, org.), p. 195-225, 2007, p. 196).

ciada a tendência de votação sob clamor público, da tipificação de delitos virtuais (caso do Projeto de Lei n. 2.793/11, que cria o dispositivo do art. 154-A ao Código Penal: “Devassar dispositivo informático alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, instalar vulnerabilidades ou obter vantagem ilícita: Pena – detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa”). Deve-se, sem dúvida, evitar o *deslimite* da criminalização de tudo, mas também se deve evitar o *sem-limite* do “tudo-pode”. Sabe-se que a questão da segurança jurídica no espaço virtual é de essencial valor para a sua própria auto-preservação. Se não houver proteção do cidadão diante de condutas virtuais atentatórias, corre-se o risco de deixar a anomia da ‘realidade virtual’ prosperar sobre os direitos humanos fundamentais⁶⁰. Não que a ‘legislação comum’ não tenha alcance em ambiente virtual, o que seria um absurdo afirmar, mas que a necessidade de disciplina específica e tipificação direcionada permite melhor adequação da legislação penal à realização de seus fins.

Na perspectiva civil atualmente projetada para a disciplina da matéria (Projeto de Lei n. 2126/11), pode-se destacar no marco civil brasileiro para a *Internet* uma disposição equilibrada e bem ponderada de matérias, referente a deveres e direitos, referente a cultura (acesso à informação, educação e cidadania), referente a política (participação, cidadania e políticas públicas) e, ainda, a responsabilidades (das pessoas físicas, das pessoas jurídicas e do Estado). Assim, no lugar do mero contraste entre liberdade irrestrita

⁶⁰ Na perspectiva da legislação no campo da propriedade intelectual, destaca-se: “A violenta expansão da internet vem provocando verdadeiro ambiente caótico para as legislações – tanto nacionais como internacionais, especialmente no que se refere à propriedade intelectual. O fato é que as fronteiras políticas dos países (várias estabelecidas em guerras sangrentas) hoje estão sendo derrubadas pelos navegadores do ciberespaço” (GANDELMAN, *De Gutenberg à Internet*, 2007, p. 188).

e absoluta, o marco civil avança no reconhecimento de que o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações são vistos como condição para o pleno exercício do direito de acesso à *Internet* (art. 8.º).

O já preliminar reconhecimento de que a regulamentação preenche as tarefas de um marco normativo civil é de fundamental importância para a criação de um ambiente aberto, democrático, livre, plural e seguro. O marco civil da *Internet* procura estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no país, reconhecendo a escala mundial da rede, a necessidade de proteção dos direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais, além da pluralidade e da diversidade que devem imperar nas relações de comunicação e na regulação da liberdade de expressão, a abertura e a colaboração para o processo de compartilhamento da cultura e construção do espaço virtual, além da proteção a valores constitucionais como os da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 2.º).

Por isso, o Projeto de Lei traça os objetivos da disciplina jurídica da matéria, considerando a necessidade de promover o direito de acesso à *Internet* a todos os cidadãos (art. 4.º, inc. I), e, ao mesmo tempo, de promover o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos (art. 4.º, inc. II), de promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso (art. 4.º, inc. III), de promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade das aplicações e bases de dados (art. 4.º, inc. IV). Não descarta de alinhar como princípios explícitos, sem deixar de considerar a possibilidade de abranger princípios implícitos: garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição (art. 3.º, inc. I); proteção da privacidade (art. 3.º, inc. II); proteção aos dados pessoais, na forma da lei (art. 3.º, inc. III); preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação (art. 3.º,

inc. IV); preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas (art. 3.º, inc. V); responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei (art. 3.º, inc. VI); preservação da natureza participativa da rede (art. 3.º, inc. VII).

No capítulo II, referente aos direitos e deveres no ambiente virtual, o acesso à *Internet* é considerado “essencial” (art. 7.º, *caput*) ao exercício da cidadania, sabendo-se que todo usuário é considerado, para efeitos do marco normativo, portador de direitos específicos, como os direitos de inviolabilidade e sigilo de suas comunicações pela *Internet*, que apenas poderão ser alvo de investigação por ordem judicial dentro das hipóteses legais (direito de sigilo perante a autoridade), o direito à continuidade do serviço de provimento e acesso à *Internet* (direito de conexão), o direito de qualidade na conexão à *Internet* (direito à qualidade de serviço), o direito a obter informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços (o direito à informação contratual), o direito de sigilo perante terceiros ou de não fornecimento a terceiros de seus registros de conexão e de acesso a aplicações de *Internet* (direito ao sigilo perante terceiros).

Ademais, fixa-se como regra geral que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de *Internet* (art. 10.º), por parte das empresas prestadoras de serviços, conectam-se ao exercício dos direitos dos usuários à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, não se permitindo qualquer tipo de fiscalização por parte das empresas (operando com transmissão, comutação ou roteamento), devendo-se tratar de forma isonômica os conteúdos virtuais, sob pena de sanções civis, criminais e administrativas. Assim, deve-se respeitar o conteúdo, a origem e o destino, dando-se o suporte técnico para a livre circulação de dados. Assim, a espionagem e o policiamento virtuais constituem condutas que desnaturam o perfil da movimentação e do fluxo de dados na *Internet*. Se toda regra geral pode ser vista a partir de uma linguagem

genérica, eis que cabe a exceção apenas nos casos indicados expressamente pela lei e nas hipóteses excepcionais em que caiba referir à lógica do controle (autorização judicial), inclusive para efeitos de produção de provas judiciais.

Já no plano da regulamentação do “conteúdo virtual”, isenta-se o provedor de conexão dos danos decorrentes da exposição de conteúdo, cabendo voltar-se o onerado ou prejudicado contra os específicos causadores dos danos que possam ser civil, administrativa ou criminalmente apurados (art. 14.º). Ao fazê-lo, cria um mecanismo que evita o controle e a censura prévios, na medida em que não seria razoável imaginar uma censura antecipada de conteúdos ou ações, sem que lesões efetivas tivessem se dado, quando a responsabilidade é da pessoa física ou jurídica responsável direta ou indiretamente pelo ato *virtual* atentatório de um direito, algo que somente pode ser apurado através de processo judicial. Porém, se a regra mais ampla é a da não responsabilidade do provedor, após ordem judicial específica, clara e bem determinada de bloqueio de conteúdo identificado, o dever de cumprir determinação judicial segue a necessidade de execução da medida, sob pena de ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros (art. 15.º).

Mas, no marco civil, não se considera a *Internet* apenas uma questão de interesse privado, na medida de relações particulares, mas se considera o papel mais amplo da *Internet*, que convoca o Estado a exercer um protagonismo não policalesco, e nem controlador, mas um papel de proteção do espaço público virtual de essencial contribuição⁶¹. Por isso, no marco civil, o papel do Estado não se

⁶¹ “O funcionamento da internet não é uma questão meramente privada: é uma forma extrema de globalização, com efeitos políticos e sociais que envolvem a ordem pública e a necessidade de regulamentações. Não se trata de auspicar intervenções que causem distorções, mas sim intervenções de tipo institucional que tendam a resguardar a privacidade, o consumo, a moral, o tratamento igualitário e não discriminatório” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Informática, cyberlaw, e-commerce”, In *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*, (DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão, coords.), ps. 465-508, 2005, p. 469).

resume a ser o papel do Juiz. Também, incumbe ao Estado, através de políticas públicas, um papel de atuação, em todos os níveis da federação, de promover e desenvolver para a *Internet* (art. 19.º, *caput* e incisos): mecanismos de governança transparentes, colaborativos e democráticos, com a participação dos vários setores da sociedade; promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e níveis da federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos; promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes níveis federativos e diversos setores da sociedade; adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres; publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada; otimização da infra-estrutura das redes, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação das aplicações de *Internet*, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa; desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da *Internet*; promoção da cultura e da cidadania; prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso.

Considerando ainda os grandes impactos culturais da disseminação e alcance da rede, a permanência dos conteúdos virtuais, a extensão dos potenciais contidos na informação rápida e acessível, a formação digital das novas gerações usuárias dos sistemas virtuais e eletrônicos, compreende-se porque o Projeto de lei antecipa-se e traça contornos à responsabilidade do Estado no plano educacional. Por isso, o art. 21.º do Projeto de Lei ainda procura identificar a necessidade da educação (para a cidadania e em direitos humanos) se realizar através da capacitação, em todos os níveis de ensino, para o uso seguro, consciente e responsável da *Internet*, considerada inclusive um potente instrumento para a realização e exercício da cidadania, de cultura e de desenvolvimento tecnológico. Portanto, o marco civil trata de compatibilizar o uso da *Internet* com finalidades

cidadãs e democráticas, inclusivas e participativas, tornando o abuso uma responsabilidade sob controle das autoridades, fazendo da ‘impunidade virtual’ não uma decorrência da anomia virtual, mas um problema de realização e efetivação da justiça.

Conclusões

A revolução cibernética ainda não é uma revolução antropológica. Essa percepção retém a ideia de que os limites virtuais avançaram sobre as fronteiras territoriais, mas que as ‘velhas questões’ relativas ao trato das ‘coisas humanas’ ainda engatinha. Se a *revolução cibernética* é um grande passo da técnica – e o que a técnica tem de melhor a oferecer é uma facilitação do processo de interatividade, aproximação e eliminação de barreiras – não pode ser interpretada sem restrições, pois como tudo que é da ordem do instrumento, seu uso é ambíguo. Se a técnica é capaz de criar novas dinâmicas e novas incisões sobre a realidade, deve-se ressaltar que não é de se desprezar que esteja redefinindo nossas formas de interação, e até mesmo nossa própria condição. Exatamente por isso, é de fundamental importância a aproximação da análise crítica da técnica ao campo de estudos do *direito digital*, considerando sua já sedimentada tradição investigativa.

Na perspectiva assumida por este estudo, estes desafios são traduzidos a partir da identificação de um conflito entre a liberdade e a responsabilidade; aquela, propalada e divulgada com ‘plenos poderes digitais’, ao alcance dos novos ‘pulmões cibernéticos’, capazes de ecoar na rede entre milhares, e esta, por sua vez, ambientada na ideia de deveres e limites ao exercício da desenfreada forma como se afirma o espaço virtual. Na aproximação do tema, distinguem-se quatro percepções:

a.) uma primeira percepção é aquela que identifica os impactos da tecnologia sobre a dimensão do direito;

b.) uma segunda percepção é aquela que destaca o problema da ressignificação da liberdade na rede, de uma liberdade desvinculada da responsabilidade;

c.) uma terceira percepção decorre do fato de que sem a consciência de uma educação para a cidadania, para a preservação do direito e da liberdade, e sem a formação adequada para o exercício dos direitos humanos, na interface entre *ego* e *alter*, fica difícil pensar num uso cidadão e responsável do espaço virtual;

d.) a quarta percepção é aquela que identifica uma macro-tarefa, inclusive em termos regulamentares, para o direito no espaço virtual.

Assim, de um lado, se a liberdade de informação e de comunicação são decisivas para a 'sociedade digito-cêntrica', não se podem tomar o direito-dever de informar, e muito menos a liberdade de expressão como desmesuras do exercício da liberdade. Se a liberdade se desloca da responsabilidade, no espaço virtual, ainda assim, não se pode entender que a dispersão caótica do *cyber-universe* autorize, com todas as dificuldades operacionais que se conhecem, um convívio tão complexamente aberto e exposto a infrações, a violações e a lesões a direitos, sob a pretensa feição de se defenderem os espaços da comunicação.

Os desafios para a cultura dos direitos humanos é, nesta dimensão, imenso. A legislação projetada dá conta de lidar com uma parte destes fenômenos, mas não dá conta de fazê-lo até a próxima guinada virtual. A soma de tarefas para a proteção da 'integridade virtual' da dignidade da pessoa humana depende de inúmeras iniciativas para que se possa diluir o 'efeito festim' das primeiras décadas da *Internet*. Percebe-se, de modo cada vez mais nítido, que direito, liberdade e *cyber-espaço* não são líquidos imiscíveis. Assim, a disciplina, a fiscalização, o controle assegurado, a posse de direitos e deveres bem definidos, amplia a sensação de *segurança virtual*, pois os procedimentos administrativos, legais e processuais, preventivos e punitivos, passam a se abrir mais claramente para o tratamento das consequências às infrações e desvios de conduta. Esses esforços não

devem caminhar em dissintonia com os esforços de formação em direitos humanos, estimulando-se, de outra forma, o uso adequado e cidadão da rede, quando o tema da ‘educação em direitos humanos’ e o tema da ‘cidadania virtual’ passam a caminhar em conjunto.

Novas fronteiras e novos desafios não podem atropelar as tarefas de preservação da dignidade da pessoa humana. De um lado, ignorar a realidade virtual como questão de relevo para o desenvolvimento das normativas jurídicas, em destaque o Marco Civil da Internet, seria deixar em aberto um capítulo central, porque estrutural, das novas conformações do convívio social e dos fluxos de interação civil e comercial, vigentes em nossos tempos. De outro lado, ignorar que a liberdade confronta-se com a responsabilidade, ainda que mediada pelas novas tecnologias, é renovar o pacto secular, inaugurado pela filosofia grega, de pensar os desafios dos tempos, em conexão com as mais reais necessidades humanas. Assim, que o virtual não esconda o real, mas seja capaz de tornar possível a formação de uma realidade moral redimensionada, e, neste sentido, valorada a partir da preocupação mais hodierna com a dignidade humana. Assim, se o direito tem sua tarefa de escudo à liberdade, de parceiro da fraternidade, de indutor da igualdade, e de lanceiro da solidariedade, que esta tarefa se cumpra também nesta dimensão; nisto vão longos desafios, na história do presente, e na história do futuro.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação: Estudos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: ensaios de Teoria Crítica e Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- _____. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BRANT, Leonardo (org.). *Diversidade cultural*. Globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas. Volume 1. São Paulo: Escrituras Editora: Instituto Pensarte, 2005.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *As relações de associação: o direito sem direitos*. Lisboa: Almedina, 2011.
- _____. A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista), *Separata Pessoa Humana e Direito*, Lisboa, Almedina, ps. 47-54, 2009.
- _____. O direito em nós, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Set./Dez., p. 555-573, 2008.
- CESNIK, Fábio de Sá. *Guia do incentivo à cultura*. São Paulo: Manole, 2002.
- _____. Medidas vitoriosas e desafios da cultura, in *Folha de São Paulo*, Tendências de Debates, 29 de fevereiro de 2012, São Paulo, A3.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, Juliana. Eu persigo, tu persegues, nós perseguimos, *Folha de São Paulo*, Terça-feira, Caderno E, São Paulo, 11 de setembro de 2012, ps. 04 e 05.
- DE LUCCA, Newton; FILHO, Adalberto Simão (coords.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Vol. I. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. (coords.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, Responsabilidade sem culpa, culpa sem responsabilidade na sociedade tecnológica, in *Impasses e aporias do direito contemporâneo: estudos em homenagem a José Eduardo Faria*, São Paulo, Saraiva, ps. 135-153, 2011.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Editora Fiuza, 2009.

- GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet*. 5.^a ed. São Paulo: Record, 2007.
- GÓMEZ, Maria Nélide González de; LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de (orgs.). *Informação e democracia: a reflexão contemporânea da ética e da política*. Brasília: Distrito Federal: Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Racionalidade e comunicação*. Tradução de Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 2002.
- LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Sistema e estrutura no direito*. Volume 3. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARTINEZ, André. *Democracia Audiovisual: uma proposta de articulação regional para o desenvolvimento*. Volume 2. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Heloísa Prates. *Tradição e cibercultura: a cultura gaúcha no ciberespaço*. Mestrado em Comunicação e Semiótica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC, 2008.
- PEREIRA, Vinicius Andrade. *Estendendo McLuhan: da aldeia à teia global*. Comunicação, memória e tecnologia. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- PEREIRA JÚNIOR, Álvaro, Nova mídia x velha mídia, *Folha de São Paulo*, São Paulo, E 14, 21 de janeiro de 2012.
- RIBEIRO, Wesley Carlos, Os princípios constitucionais como substrato material da dignidade humana, in *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, Ano 11, n. 02, ps. 227-247, Ago./Dez. 2011.

SAFATLE, Vladimir, A volta do parafuso, *Folha de São Paulo*, Caderno Ilustríssima, São Paulo, ps. 6 e 7, 22 de Janeiro de 2012.

SALGADO, Gilberto Barbosa. Esfera pública midiática na América Latina: uma interpretação com as categorias habermasianas, in *Teoria Crítica no Século XXI* (SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia, orgs.), São Paulo: AnnaBlume, ps. 213-230, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SVALOV, Bárbara, O direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade, in *Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais* (GOZZO, Débora, coord.), São Paulo, Saraiva, ps. 57-74, 2011.

Sites recomendados

<http://umic.pt>

<http://apdi.pt>

<http://www.ceddhc.pb.gov.br>

<http://www.dhnet.org.br>

<http://mndh.org.br>

<http://www.criancamaissegura.com.br>

<http://www.safernet.org.br>

<http://denuncia.pf.gov.br>



O direito ao bom nome e à reputação e a “Internet”

DIOGO LEITE DE CAMPOS¹
DANIEL FREIRE E ALMEIDA²

1. Introdução

O direito fundamental à honra e à reputação

Todo o discurso jurídico, ou sobre o Direito, assenta próxima ou longinquamente na dignidade da pessoa humana, na “intangibilidade de cada um dos indivíduos que participam do ser homem”³.

Por outras palavras: o ser humano é um “*ser em si*”; único, inviolável, dotado de dignidade, repositório de valores, resistência a qualquer objectivação ou massificação; incomunicabilidade, originalidade e não participação em unicidade ontológica⁴.

Com este ponto de partida, não fica resolvido o sentido do discurso jurídico. Dever-se-á ser *minimalista* ou *maximalista*? Devemos

¹ Professor Catedrático de Direito. Agregado da Faculdade de Direito de Coimbra. Doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Docteur d’État en Droit (Universidade de Paris II). Advogado.

² Professor de Direito e Relações Internacionais. Doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Advogado.

³ Cfr. VILLELA, João Baptista, “Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana”, Superior Tribunal da Justiça, Doutrina, Edição comemorativa, 20 anos, 2009, p. 571.

⁴ LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Relações de associação*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 32, referindo Bruno Forte, *Trinità come Storia*, Milano, 1985, pp. 60 e segs.; LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2^a ed., Almedina, Coimbra., p. 155, e Livraria Del Rey, Belo Horizonte, 2^a ed., 1997, *ibid*.

seguir Kant, segundo o qual tenho deveres morais perante terceiro como este fosse eu-mesmo? E, muito antes dele, Cristo que mandava que se amasse o outro como a nós-mesmos? Ou, mais precisamente, como Ele nos amou?

Ou, pelo contrário, entender que o mundo moral se deve limitar à preocupação de não prejudicar outrem?⁵

Independentemente da resposta que se dê no plano ético – e propendo claramente para a primeira⁶ – há que dar como adquirido, no plano jurídico, pelo menos a proibição de causar danos a outrem, nomeadamente violando os seus direitos da personalidade de primeira geração: os direitos à preservação da pessoa e à abstenção de actos de outrem que possam ofender a pessoa.

Nesta matéria quero referir-me especificamente ao artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 10 de Dezembro de 1948) segundo o qual ninguém será objecto de ingerências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques à sua honra ou à sua reputação. Todos têm direitos à protecção da lei contra tais ingerências ou ataques.

Esta norma tem de entrar em diálogo com o direito à liberdade de opinião ou de expressão (artigo 19.º).

Também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que a Constituição da República Portuguesa íntegra, reconhece no seu artigo 8.º, o respeito pela vida privada e familiar e no artigo 10.º a liberdade de expressão.

Na medida em que haja conflito entre aquele direito e esta liberdade, poderia entender-se que o conflito ficaria automaticamente resolvido a favor do primeiro: o direito de outrem constitui um limite

⁵ Para uma interessante análise desta alternativa, vd. entre muitos outros OGIEN, Ruwen, *L'éthique aujourd'hui, Maximalistes et minimalistes*, Folio essais, inédit, Gallimard, Paris, 2007.

⁶ LEITE DE CAMPOS, Diogo, “O Direito em nós”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2008, Ano 68, II/III, p. 555/573.

à liberdade do próprio. Não se vendo como pode haver conflito entre os valores subjacentes ao direito ao bom nome e reputação e à liberdade de expressão. No caso de esta ofender aquele, a liberdade de expressão transforma-se em abuso, invadindo o espaço de outro direito.

Há que ter presentes duas linhas do nosso discurso: antes de mais, não há que confundir direito à privacidade com direito ao bom nome e reputação. Têm substratos diferentes e campos diferentes.

Suponha-se que alguém divulga fotografias de um cidadão a jantar com a família; haverá violação do direito à privacidade sem haver necessariamente ofensa ao direito ao bom nome e reputação.

Ou suponha-se que alguém usando factos do conhecimento público acusa outrem de ser o seu autor em termos de responsabilidade criminal ou mancha ética.

A associação do direito à privacidade e do direito ao bom nome e reputação tem sido nociva para este último, como veremos mais tarde, pois este tem sido objeto de restrições, eventualmente menos legítimas, quando confrontado com a liberdade de expressão. E acaba por sofrer com a sua inserção nessas limitações. Contudo, nas páginas seguintes seremos forçados a associá-los de acordo com o discurso corrente.

A segunda observação versa o seguinte: não vamos tratar desenvolvidamente do conteúdo do direito ao bom nome e reputação: damo-lo por conhecido, limitando-nos a algumas precisões. Preocupa-nos antes e só o seu diálogo com os meios de comunicação no mundo da “internet”.

2. Direito ao bom nome e reputação, Noção

O direito ao bom nome e reputação envolve um conceito naturalmente indeterminado. Parece-nos que hoje deve ser entendido como o “direito a não ser ofendido ou lesado na sua honra e dignidade ou

consideração social, “maxime” profissional mediante imputações feitas por outrem, bem como no direito de se defender dessa ofensa e de obter a correspondente reparação”⁷.

Está previsto no artigo 33.º da Constituição da República portuguesa e decorre de diversas normas do Código Civil, nomeadamente do artigo 404.º, 1.º. Não sendo confundido com o direito à privacidade, embora por vezes esteja previsto, autonomamente, nas mesmas disposições. Mas, como refere o acórdão da Rel. do Porto, de 15 de Outubro de 2007 (Rel. Anabela Dias da Silva) é um direito fundamental, em princípio não limitável, enquanto a lei de imprensa (lei 2/99) prevê restrições ao direito à livre expressão do pensamento, nomeadamente devendo salvaguardar o direito ao bom nome.

Não vamos cuidar do sentido, não totalmente coincidente, do direito ao bom nome das pessoas singulares e das pessoas colectivas.

I. O modelo tradicional

3. O meio ambiente social do passado: o privado no domínio do social

Não viemos de uma “*idade de ouro*” onde não existia intromissão na vida privada ou ofensas ao bom nome e reputação. Pelo contrário. A sociedade tradicional assentava numa grande proximidade entre as pessoas.

Cada ser humano e o seu comportamento eram largamente hetero-comandados. Raras eram as normas que eram criadas pelo indivíduo; todas lhe pareciam anteriores, determinadas pela própria natureza humana. Assentavam, radicalmente, na ideia de Direito Natural; de uma ordem justa, determinada por Deus. Ordem e normas, deste modo, adequadas à natureza humana e libertadoras desta.

⁷ Ac. Supremo Tribunal de Justiça, 16/11/2006, in www.dgci.pt.

⁸ LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Coimbra, anot. a este artigo.

O «outro», também elemento desta ordem, era visto, não como limite ao eu, mas como um elemento solidário, colaborante do eu, imprescindível para a realização humana e a salvação espiritual de cada um.

Os seres humanos e o seu núcleo mais próximo, a família, integravam-se numa ordem universal, divina, que determinava o lugar de cada um, o sentido de cada vida e da colectividade. Cada ser humano, cada família, cada corporação de artes e ofícios, cada organização social, os poderosos e os humildes, participavam numa ordem; e, nessa medida, cada um era indispensável a todos os outros.

É verdade que nenhum se salva sem os outros? E que o verdadeiro Juízo (e, durante um milénio, o único juízo) é o Universal?

Portanto, o que cada um fazia, pensava e dizia, respeitava a todos os outros, pois todos estes eram interessados. Assim, todos controlavam o comportamento dos outros, em todos os aspectos; naquilo que hoje diremos que é público, mas, também, nos recônditos mais íntimos daquilo que hoje concebemos como privado.

Todo o privado era (neste sentido) público.

A casa da família era espaço aberto: aos membros mais afastados da família, aos servidores, aos vizinhos, aos clientes (pois a empresa familiar estava sediada na casa de morada da família).

A porta está aberta; a casa era uma parte da rua, com a qual não tinha fronteiras. O espaço social não terminava à entrada de cada casa; e o espaço do indivíduo e da família continuava indefinidamente pela rua, e mesmo pelas casas de todos os outros. A sociabilização dos mais novos era feita na rua, em contacto estreito com as casas dos outros; o palratório era na rua-sala-de-visitas.

Era na rua que as pessoas conversavam. A vida pessoal, familiar, estava completamente exposta e controlada por todos, através de uma rede social difusa que observava os comportamentos e punia os desvios ao modelo dominante.

A vida passava-se em grupos mais ou menos alargados, mas todos interpenetrados e comunicantes.

Primeiro na família, em que cada um dificilmente ocultava o seu ser, o seu pensar, o seu agir, a todos os outros, sendo por todos influenciado. Depois, na corporação das artes e dos ofícios, onde se trabalhava em contacto estreito com os outros e com as famílias. Na rua (onde passavam os funerais, os casamentos, os baptizados) tinham lugar os acontecimentos mais importantes, as alegrias e as tristezas – via por onde se conduzia o Senhor a dar aos moribundos.

Os pensamentos mais recônditos, inseridos supostamente num projecto de salvação espiritual, não diziam só respeito ao seu sujeito: são comunicados à Igreja, intermediária entre os homens e Deus, que os aprecia, os julga, para os transformar de acordo com os «cânones». As relações conjugais e parentais, a vizinhança, as aspirações e o trabalho estavam ajustados numa estreita rede de compromissos, de vínculos espirituais, religiosos, de vizinhança, de dependência, de hierarquia.

“Todo” o privado era público – repito.

Seria surpreendente a afirmação de que aquilo que cada um fazia, só a si dizia respeito. Pois não diz respeito também, e talvez principalmente, desde logo, a Deus? Ao cônjuge, aos filhos, aos vizinhos, aos companheiros de trabalho, aos sacerdotes, aos superiores, aos inferiores, aos dependentes?

Se quisesse escolher um exemplo da profunda inserção de cada ser humano na ordem social; da interferência dos outros no eu, indicaria a confissão auricular, exigida pela Igreja Católica, desde o século XI. As mais íntimas pulsões do ser, os mais recônditos pensamentos de cada um, que talvez nem a si próprio confessasse, eram descobertos, postos a nu, e entregues a outro homem (por muito que este fosse o ouvido de Deus).

A publicidade e a normatividade caracterizam a vida dos indivíduos até ao século XIX⁹. Normatividade de base espiritual e ética: “ninguém” se “salva” sozinho, só com os outros.

⁹ LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Nós...*, cit. pp. 112 / 3 segs.

As normas encontravam-se, antes de mais, em modelos de comportamento. No comportamento dos membros dos extractos mais elevados na escala social.

Escreveu-se sobre a sociedade inglesa do século XVI: «Cada função e aspecto da vida estava ordenado para o cavaleiro através de pressuposto fundamental de que ele era o exemplo, o guia, o governador da gente comum e, portanto, devia distinguir-se dela.

Para preencher o seu lugar na hierarquia deste mundo, deve ser melhor nascido e melhor educado, ter melhores maneiras, levar melhores roupas e usá-las com mais graça, viver numa casa ampla e mais formosa, encontrar satisfação em diversões mais refinadas e exigentes, observar a sua moral mais rigorosamente»¹⁰.

O rei, no topo da pirâmide social; os nobres, os sacerdotes, os superiores, os pais, os mais velhos, etc., eram os restantes modelos de comportamento para os que lhes estavam subordinados; e constituíam objecto de apreciação crítica dos seus superiores e inferiores.

A maneira de cada um se vestir seria determinada para obter um emprego, para ocupar uma certa posição na escala social e, mesmo, para ser admitido na comunidade. O mau marido, o mau pai, o mau governador eram punidos, antes de mais, por todos os outros que não reconheciam neles modelos de comportamentos e assim os criticavam, expulsando-os, mesmo.

Cada ser humano era instado a observar e a conformar-se com o modelo fornecido pelo seu superior, embora mantendo-se na sua condição.

Cada geração entendia que a sua missão era a de transmitir aos outros, intocada, a herança que tinha recebido das gerações que atinham precedido.

Contava-se, antes de mais, com controlo social, com a «boa educação» e o «amor», para evitar ou amortecer os conflitos.

¹⁰ Aut. cit., *Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas*, p. 116.

Na certeza de que o Direito pressupõe, para ser efectivo e eficaz, uma ordem social adequada subjacente.

Direitos da personalidade, nesta época? Antes deveres de cada um para com Deus, para com a família, para com os superiores, para com todos os outros. Cada ser humano representava-se como um espaço aberto a todos os outros, solidários para com estes, comunicando incessantemente¹¹.

Este ambiente social era adequado à invasão do que entendemos hoje por vida privada e à murmuração maledicente. Mas há que o entender.

A sociedade tinha uma referência ética. As exigências de comportamento e o controlo deste eram fundadas, pelo menos em principio, na ética cristã, e no que daqui decorria de interesse pelo próximo, de auxílio a este e da sua doutrinação. Daqui derivava a justificação do conhecimento e do controlo. E era sempre possível invocar a ética cristã para impedir a murmuração. A sociedade tradicional era severa contra a maledicência. Lembremo-nos dos (tristes) ícones de mulheres amordaçadas.

Depois, a confissão auricular e as homilias eclesiais constituíam controlos e limitações da maledicência.

Sendo a murmuração de orelha a orelha, por muito que se transmitisse, era limitada a pequenos círculos, não era pública.

A sociedade, por muito aberta que fosse, era movida por um projeto comum, assente em normas de conduta que se impunham à sociedade e a cada um. E que se serviam de justificação para a crítica, também limitavam e controlavam esta.

¹¹ LEITE DE CAMPOS, Diogo, “Nós...”, pp. 112 e segs.

II. O novo ambiente social: individualismo, não normatividade

4. O século XIX – O individualismo e o privado

O século XIX é contemporâneo, pelo menos nas grandes cidades europeias, do fechar do espaço privado, do fechar das famílias¹².

O individualismo do século XIX leva à perda da normatividade inerente à sociedade.

A normatividade como «regra», como objectivação do projecto social, entra em crise, na medida em que se vem perdendo sistematicamente qualquer concreto âmbito colectivo e bem como o projecto comum. Ou, se quisermos, a ética do projeto comum perde força perante a mera vontade de enriquecer individual e coletivamente sentida.

Ao Direito (justiça, ética, solidariedade) substituem-se os direitos.

Substituindo-se à ética (fundamentante e geradora do Direito), os desejos, dest’arte a lei (qualquer norma ou ordem) parece anti-natural dada a sua intenção limitativa e igualitária.

A tendência igualitária da lei também é repudiada. Talvez em homenagem a Nietzsche que, no “Alegre Saber” escreve que cada um (dos homens novos) será irrepetível, legislador e criador de si mesmo; *igual só a si mesmo*.

Desaparecem, assim, as justificações de uma organização social e do Direito.

O «público» privatiza-se, dividindo-se em instâncias cada vez mais fragmentárias, devendo considerar só os sentimentos individuais e as necessidades diferentes e opostas de cada ser humano.

Parece ter-se «ultrapassado» o conceito de pessoa (ou de personalidade) jurídica, enveredando-se por uma subjectividade (concreta e histórica) não abstracta¹³.

¹² Sobre o que se segue, vd. LEITE DE CAMPOS, Diogo, “Nós...”, pp. 121 e segs.

¹³ Vd. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, pp. 57 e segs.

O sujeito (concreto) deixa de ser compreendido nos quadros de um modelo (ético-jurídico, ou, simplesmente, jurídico-formal) sujeito ao controlo dos outros; enquanto a valoração de uma situação concreta também não é feita por comparação com o modelo legal¹⁴.

Se o ser humano é (só) a sua história, a única natureza verdadeiramente humana seria a sua escolha (vontade) pessoal e subjectiva.

Nesta medida a única proibição (único limite) é de proibir: é proibido proibir. Qualquer norma (quer a externa, quer, «naturalmente», a interna) é considerada como desprovida de fundamento, e intolerável por limitar a vontade livre do indivíduo. A norma termina nas fronteiras de cada sujeito, de todos os sujeitos, «ocupando» só o «espaço» («desaparecido») que é o do social (leia-se: o da organização da técnica).

Demos por adquiridos que a evolução das técnicas de comunicação social e o poder económico das entidades que detinham esses meios, permitiu crescente invasão da privacidade, com ofensa deste direito e também do direito ao bom nome e reputação.

Mas esta invasão também era facilitada, quando não promovida, por um novo modelo de classes emergentes.

Até ao século XIX, os grupos dominantes, seguros do seu poder e da sua legitimidade, apresentavam-se como exemplos no seu programa de vida e no seu comportamento social. Permitindo – mais, favorecendo – a intromissão na sua vida quotidiana. O paradigma era o rei – mormente o rei de França – que nascia, vivia e morria em público, por muito restrito que este público fosse. Tudo o que era ou fazia dizia respeito aos outros, totalmente dependentes da sua pessoa. Portanto, era dever do soberano revelar-se. Mas tentando sempre revelar-se da maneira mais favorável, pelo menos quanto aos deveres essenciais do cristão.

¹⁴ LIPARI, N., *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, Riv. dir. civ., 1986, I, p. 643.

As classes emergentes no século XIX, os muitos ricos sobretudo nos EUA, precisavam de consideração social. Por isso estavam muito dependentes do olhar dos outros. Assim, com uma ostentação de vida bem evidente, ofereciam-se ao olhar dos outros – inveja ou admiração – para que desse olhar nascesse a justificação do seu poder.

Nisto foram acompanhados por artistas de teatro, cantores, artistas plásticos, etc., que encontravam na sua divulgação na comunicação social uma base de importância pessoal e abertura para novos contratos.

Este estado de coisas foi tratado na película “*Citizen Kane*” em que se aliam o novo-riquismo, o poder nos meios de comunicação e, portanto, no poder político, e o poder económico, ao serviço da “glória” pessoal.

Contudo, a receita tradicional de Warren e Brandeis manteve-se viva e suficiente. Mesmo com o aparecimento das comunicações por televisão.

III. A nova tecnologia da informação

5. A revolução dos meios de informação

A revolução dos meios de informação trazida pelo aparecimento dos jornais diários e pela sua grande difusão que ameaçou a vida privada¹⁵ facilitou a difusão dos ataques ao bom nome e reputação. Os jornais continham matérias sobre escândalos, crimes, problemas de famílias, adultérios, etc.¹⁶. A ponto de um autor do século XIX ter escrito que não seria possível manter alguém fora da luz da imprensa.

¹⁵ Cf. SOLOVE, Daniel J., *The future of reputation, Gossip, rumor and privacy in the internet*, Yale University Press, New Haven and London, s.d. (2007), p. 106.

¹⁶ Vd. SMITH, Robert Ellês, *Ben Franklin’s Web site: Privacy and curiosity from Plymouth Rock to the internet*, pp. 108-9, 2000.

“Agora o que vou fazer é colocar a maior lâmpada já feita e fazê-la iluminar todo o local. Veremos então quem é privado”¹⁷.

À “invenção” da imprensa de massas seguiu-se o telefone e a máquina fotográfica. A iluminação cada vez mais intensa das ruas nas cidades transformava-as, durante a noite, de espaços secretos, reservados, privados, em espaços públicos, abertos a todos.

Mas não se pode ficar por aqui na análise do problema. Não se está só perante novos meios de alargar as violações da vida privada e de divulgar mais vantajosamente as ofensas ao bom nome e reputação.

A maledicência ou a murmuração tornaram-se um negócio¹⁸.

Fixemo-nos neste ponto: sociedades de comunicação social, cada vez mais poderosas, tinham interesse fundamental em limitar a privacidade e em divulgar factos da vida pessoal dos cidadãos.

6. A reação do Direito

Warren e Brandeis entenderam que a ordem jurídica, nomeadamente a lei, podia e devia sancionar as invasões na privacidade que causassem danos mental e angústia e injúria aos sentimentos¹⁹. Partindo do princípio de que a lei protege o direito geral de o indivíduo estar sozinho, entendiam que este direito podia ser a base de novas protecções da privacidade, e de uma indemnização para os indivíduos cuja privacidade fosse invadida.

Este texto de Warren e Brandeis influenciou marcadamente a doutrina e a jurisprudência dos EUA²⁰. Com o inconveniente de aparecer aqui uma associação entre privacidade e bom nome e

¹⁷ JAMES, Henry, *The Reverberation*, 1988, cit. Por Daniel J. Solove, ob. cit., p. 106.

¹⁸ Cf. WARREN, D. e BRANDEIS, L., “*The right to privacy*”, *Harvard Law Review*, 4, 1890, pp. 193 e segs..

¹⁹ Auts. ob. cites, pp. 196-197

²⁰ Vd. por todos, O’NEIL, Robert M., *The first commandment and civil liability*, 2001, p. 77 e JELEMBI, Armindo Gidrão K., *Responsabilidade civil por danos causados à pessoa pela actividade da comunicação social*, dactil, Huambo, 2007.

reputação que não é necessária e veio afetar o discurso posterior. O direito ao bom nome e reputação seria objeto de um mais fácil consenso se não fosse associado à luta liberdade de expressão v. privacidade.

7. Cont. – A nova realidade tecnológica: a “Internet”

Tem-se falado da “*aldeia global*” em todos os planos. Mas nunca com maior propriedade do que no campo da “*internet*”.

As conversas na aldeia de há cem anos, às portas das casas ou na praça, ressuscitaram com intensidade através da “*internet*”.

Cada um está mais próximo dos outros, mesmo vivendo em países distantes, do que se fosse vizinho no mesmo prédio. Em poucos segundos se analisa a vida de alguém, se acrescenta algo e se difunde para os quatro cantos do mundo.

Esta invasão da privacidade, este “*linguarejar*” ou maldizer, são favorecidos por diversos factores.

Desde logo, pelo anonimato dos que causam prejuízo aos direitos de outrem. Mesmo que este anonimato possa ser penetrado, tal envolve muitos custos, e o mal está feito: as mensagens mantêm-se na “*internet*”.

Depois, porque há cada vez mais pessoas com tempo disponível nos países ricos.

Seguidamente, as empresas que detêm a comunicação através da “*internet*” situam-se entre as mais ricas, logo mais poderosas, do mundo.

Dado o carácter universal da “*Internet*” é difícil controlar e, sobretudo, perseguir os faltosos, sediados tecnologicamente em países diferentes dos das vítimas.

A terminar, há que referir o combate que a privacidade (e o direito ao bom nome e reputação a ela mal associados) têm travado com a liberdade de expressão.

Esta liberdade sentida da maior importância na construção da sociedade e do Estado desde o século XIX, foi posta em causa pelos diversos totalitarismos ou ditadores do século XX. Daí o cuidado acrescido na sua preservação passando sobre o direito à privacidade. Por outras palavras: uma liberdade, considerada pública e colectiva, informadora da democracia, tendo a sobrelevar o “privado” portanto, para segundo nível, por influência de pensamentos radicalmente individualistas ou coletivistas.

Assumindo a liberdade irrestrita de expressão mesmo alguns que sustentam ideologias contrárias ao poder imenso das grandes empresas da comunicação.

O autor norte-americano Cass Sunstein²¹, embora reconhecendo à “internet” muitas virtualidades no progresso da vida democrática, através da informação e comunicação que faculta, assinala o risco de tornar passivos os utentes, transformando-os em meros consumidores de programas produzidos por grandes sociedades ao serviço dos seus interesses.

IV. Medidas de proteção do direito ao bom nome e reputação

8. As duas tendências jurídicas sobre o “conflito” entre liberdade de expressão e direito ao bom nome/reputação

a) Introdução

Vamos assentar que o direito à privacidade (bom nome/reputação) é direito da personalidade de primeira geração, previstos em Constituições de Estados e em tratados. São expressões, todos estes direitos, da dignidade da pessoa humana, não podendo ser derrogados ou limitados. A pessoa está antes da sociedade e do Estado,

²¹ Republic.com, trad. esp. de P. Garcia Segura, Paidós, Barcelona, 2003.

impondo-se os seus direitos àquela e a este. Sendo os direitos da personalidade a base em que assentam a sociedade e o Estado nas suas estrutura e função. Poder-se-á afirmar que a função do Estado é assegurar e promover os direitos da pessoa (vida, saúde, educação, desenvolvimento económico, direito à saúde, direito à habitação, etc.) das três gerações, sempre em renovação e aprofundamento.

Isto dito, não implica qualquer subalternização ou degradação da igualmente fundamental liberdade de expressão. Há uma natural inseparabilidade entre liberdade de pensamento e liberdade de expressão²², garantindo-se “a liberdade do pensamento na sua vertente de inserção social”²³.

O que está em causa é, tão só, uma ordenação de “espaços” decorrentes do sentido do direito em causa e da liberdade.

Em geral, e sem prejuízo dos aprofundamentos que se seguirão com referência à “internet”, diria que a liberdade de expressão termina onde se inicia o direito à privacidade/bom nome/reputação.

Mas há que definir a fronteira, no campo da “internet”. É isso que faremos nas páginas seguintes, com referência à experiência dos EUA e da UE. A internet não pode ser instrumento de ilícitos sob pena de perder parte da sua legitimidade social.

Mas, desde já, há que estabelecer um equilíbrio.

Fundamentalmente, destaca-se que a liberdade que tanto atrai as pessoas para a “internet”, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, para ser mantida precisa de certa ordenação, seja por novos meios regulatórios, seja por novos meios judiciais²⁴.

²² Vd. MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, dactil, Coimbra, 2007, pp. e segs., tb. 87 e segs.

²³ CAPELO DE SOUSA, R., *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 273/274.

²⁴ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 88 (Orientador Diogo Leite de Campos).

9. Recusa da subjectividade “absoluta”

O social vem reduzindo-se, não a uma rede entrelaçada de vínculos entre seres humanos, mas a um conjunto desordenado de espaços dentro dos quais cada um é livre de fazer aquilo que a sua vontade manda²⁵. Em cada um destes espaços, a norma, eticamente fundada, é substituída pelo *desejo*, como nova e única categoria legítima, fundamentante de todos os actos dos indivíduos, não só em relação a si próprios, como também (largamente) em relação aos outros.

Cada sujeito-desiderante, pela ilimitação mesma do desejo, pelo desaparecimento do sentido ético, transforma-se em *soberanos* que só conhece relações de poder com os outros. Cada um destes pequeníssimos «principados» (ou senhorios) tende a dominar os mais próximos (tal como o Senhor da Île-de-France, no início do milénio, veio a dominar os senhores de territórios adjacentes); tentando tornar eterna e absoluta a relação de poder, na lógica da transformação do homem em super-homem, definitivamente libertado dos limites impostos pela urbanidade, pela Ética e pelo Direito.

Recusando-se a viver-com-os-outros; aliás, a sua «privatidade» já era, senão uma recusa, pelo menos um olvido voluntário dos outros.

A privatidade (certa privatidade) termina na reconstituição do estado-de-guerra na sociedade, do homem-lobo-do-homem²⁶.

Contudo, a metafísica da subjectividade acaba por suprimir o próprio indivíduo desiderante. Os direitos da personalidade, desaparecido o seu fundamento axiológico, que determinava o seu carácter de *poder-dever*, «transformam-se» em espaço-em-aberto, sujeito ao domínio do seu «titular». O *sujeito* acaba por desaparecer como sujeito, convertendo-se em objecto, no campo de acção do

²⁵ Vd. LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Lições de Direito da Personalidade*, Universidade federal do Rio de Janeiro (policop.), Set. 1992 e “Nós...”, pp. 126 e segs..

²⁶ Vd., para maiores desenvolvimentos, COTTA, Sergio, “L’attuale ambiguità dei diritti fondamentali”, *Riv. dir. civ.*, 1977, I, pp. 225 e segs.

desejo que actua predatóriamente e acaba por consumir o aparelho desiderante que lhe serve de suporte. De morte em morte – a morte da justificação (transcendental) do Direito, operada por Kant, e a morte do Direito por Rousseau, chega-se à morte (ontológica) do sujeito operada pelo desejo ilimitado de Deleuze. A lei, tornando-se a expressão da ilimitada possibilidade do desejo, acaba por perder o sentido, a favor, como referi, de uma sistemática identificação entre o Direito (e os direitos) e a prática.

Na esfera de liberdade absoluta que assim ainda lhe é reconhecida, o sujeito desiderante é transformado em senhor absoluto – ainda mais absoluto do que o soberano do antigo regime; pois, ao contrário deste, não é vinculado por qualquer norma moral.

Arroga-se, mesmo, a faculdade de, no âmbito da sua privacidade, na esfera que lhe é atribuída, dispor da vida e da morte dos outros.

E não só destas, como também da sua própria vida, do seu próprio corpo, da sua própria dignidade física e psíquica.

Este ser humano é, pois, o soberano, o legislador de si mesmo, o criador de si mesmo, visionado por Nietzsche (*O Alegre Saber*).

Será que este ser humano é limitado pelos direitos da pessoa dos outros?, barreiras que a sua vontade não pode ultrapassar?

A resposta «tradicional» que vinha de Kant, na afirmativa: cada ser humano, ao reconhecer nos outros, em cada um dos outros, um igual, respeitava-o pelo respeito que exigia para si próprio.

A resposta de hoje é negativa: os direitos do sujeito que os invoca, assentes no estado da natureza, moldados pela espontaneidade e pelo voluntarismo, tendem a sobrepor-se aos direitos dos outros: como limitar os direitos do próprio, em favor de direitos de terceiro de igual dignidade? Como estabelecer acordos, cedências, sobre matérias vitais em cada um? Cada pessoa aparece a si própria como naturalmente superior a todas as outras. A liberdade absoluta prevalece sobre a igualdade. Daí que o «estado de natureza», animado pelos direitos da personalidade, tenda a transformar-se em «estado de guerra», no qual cada pessoa se tenta sobrepor às outras.

Leiamos um manual de tática militar do século XVIII: quando dois exércitos de igual força se encontram, ganhará aquele que tomar a iniciativa.

Sigamos a leitura dos direitos da personalidade realizada por um ser humano dos fins do século XX: no confronto de interesses entre duas pessoas, ganhará aquela que tomar a iniciativa, normalmente a mais forte, que dominará a outra.

Às relações de justiça, de Direito, substituíram-se as relações de poder, em que o mais forte institui, num segundo momento, a ordem das coisas à sua medida.

Os direitos da personalidade encontram, assim, a sua última destinação: instrumentos de relações de poder, em que cada indivíduo, igual só a si mesmo, resgatado da eticidade dos costumes, supramoral, se quer soberano absoluto de todos os outros, inclusive do seu próprio corpo e do seu espírito – usando, para isso, repito, os seus direitos.

Na lei do duplo frenesim, sobre o que escrevia Bergson, não há que escolher entre a absolutização do social que leva à escravidão de todos; e a absolutização do individual que conduz também à escravidão de todos, inclusive do próprio super-homem dominador.

Há que determinar o justo equilíbrio do individual e do social, na dimensão do ser-que-vive-com-os-outros.

É certo que o Direito tem de ser conjugado em “nós”²⁷. Mas a pessoa é, antes de mais, “em-si”, indivíduo único, opondo-se a qualquer objetivação ou massificação²⁸. Sem prejuízo de “ser” generosidade²⁹. Dignidade insuperável aberta aos outros, mas não se reduzindo a estes³⁰.

Há assim que ter consciência do eu e dos outros, por muito que sejamos “nós” e o eu se reconheça no outro. E orientar os limites da

²⁷ LEITE DE CAMPOS, Diogo, “O Direito em nós” cit. esp. pp. 562/3.

²⁸ Bruno Forte, *Trinità come storia*, pp. 76-7.

²⁹ Aut. ob. cits. p. 97.

³⁰ Aut. ob. cits., e LEITE DE CAMPOS, Diogo, “O Direito em nós”, cit., p. 566.

liberdade de expressão e do direito ao bom nome e reputação nesta base.

10. Diretrizes Resolutivas

a) Aproximação introdutória

Como podemos vislumbrar atualmente, a “internet” tem sido um espaço virtual de convergência e concentração, sem precedentes, das mais variadas formas de informação, comunicação, comercialização de produtos, serviços e entretenimento.

Entretanto, além das potencialidades e grandes oportunidades que encontramos na “internet”, há implicações para a sociedade, devido às profundas modificações nos quadros de comportamento individual e colectivo³¹.

É natural pensar, inicialmente, que a “internet” é uma tecnologia de emancipação, que proporciona liberdade de expressão sem precedentes, para trocar ideias, descobrir, buscar e publicar informações.

Como destacam KHOR e MARSH (2006), o surgimento da “internet” e outras aplicações digitais tem potencializado a criação de um fórum de ideias, encontros, debates e entretenimento. Esses fatores podem contribuir para o surgimento de uma geração mais interligada e sensível aos desafios globais que se colocam³².

Contudo, estas mesmas interações digitais, acabam, também, por trazer repercussões jurídicas relevantes³³. Com efeito, estes instrumentos de comunicação digital levantam um conjunto de variados problemas legais, como segurança eletrónica, pornografia

³¹ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 81 (Orientador Diogo Leite de Campos).

³² Cfr. KHOR, Zoe, MARSH, Peter. *Life online: The Web in 2020*. Oxford: The Social Issues Research Centre, 2006, p. 07.

³³ Cfr. CAHIR, John. *Understanding Information Laws: A Sociological Approach*. *The Journal of Information, Law and Technology*, (3), 2002, p. 01 e ss.

infantil, políticas extremistas, direitos autorais, compatibilidade das legislações nos diferentes países, crimes contra a honra, dificuldades de identificação das partes envolvidas, conflitos de Comércio Eletrônico, entre muitos outros³⁴.

Apesar das aparências com o mundo físico e tradicional, a multiplicação e pulverização das fontes de conexão e publicação pela “internet” tornam o fenómeno muitíssimo mais amplo que o surgido na era do rádio, da televisão e dos jornais físicos, onde ao menos as fontes reprodutoras eram estáticas, nacionalizadas, e mais facilmente conhecidas, detectadas e responsabilizadas.

Perceba-se, também e por fundamental, que a resolução de conflitos envolvendo a honra das pessoas convivia na interação “Poder Judicial nacional-indivíduos-responsabilização”.

Contudo, no “mundo” da “internet” exposições maldizentes podem tornar-se ainda mais complexas, ao somarem-se com os atributos desestabilizadores da “internet”, de internacionalidade constante, desterritorialidade, instantaneidade, reprodução facilitada das publicações, digitalização, hospedagem no estrangeiro das informações, motores de busca, e relativo anonimato.

Da mesma forma, podemos afirmar que a “internet” tem apresentado novas problemáticas, e potencializado antigas práticas,

³⁴ Vide LOUDENSLAGER, Michael. *Allowing Another Policeman on the Information Superhighway: State Interests and Federalism on the Internet in the Face of the Dormant Commerce Clause*. B.Y.U. Journal of Public Law, Volume XVII, 2003, p. 192. Vide KUMAR, Manish. *Constitutionalizing Email Privacy by Informational Access*. Minnesota journal of law, science & technology, Volume 9, issue 1, 2008, p. 257 e ss. Vide UERPMANN-WITZACK, Robert. *Internetvölkerrecht*. Archiv des Völkerrechts, Volume 47, Number 3, September 2009, p. 261/283. Cfr. CERF, Vinton. *The Scope of Internet Governance*. In: KLEINWÄCHTER, Wolfgang, DORIA, Avri. *Internet Governance Forum (IGF). The First Two Years*. Paris: UNESCO, 2010, p. 55. Vide CHAIKIN, David. *Network investigations of cyber attacks: the limits of digital evidence*. Springer Netherlands. Crime, Law and Social Change, Volume 46, Numbers 4-5, 2006, p. 239/256

tendo em vista a facilidade de incremento, disseminação, e pulverização de contactos, nacionais e internacionais³⁵.

Neste diapasão, devemos notar que a divulgação e pulverização de ofensas ao bom nome e a reputação veiculadas pela “internet” atingem patamares nunca antes confrontados pelo Direito, e em particularidades desafiadoras, cuja compreensão torna-se propícia e decisiva.

Contudo, em atenção a estes pontos, o profissional do Direito pode, por alguns breves momentos, acreditar já ter respostas satisfatórias. Em uma análise mais aprofundada, porém, a resposta do jurista já terá de ser mais cautelosa³⁶.

Nesta linha, elogiosa a definição indicada por WALD (2001), para quem “O mundo do computador não mais se contenta com fórmulas que puderam satisfazer os juristas da Idade Média ou, mesmo, os filósofos do início do século XIX.”³⁷

De facto, a “internet” reúne certas características e problemáticas que desafiam antigas experiências judiciais e prescrições regulatórias de resolução de conflitos jurídicos, em âmbito local e internacional³⁸.

Aliás, no século XXI, o papel do direito foi ampliado e precisa ir além da ideia de um bom diagnóstico, ou de se apenas verificar o que vem ocorrendo com os conflitos na seara da “internet”. De facto,

³⁵ Cfr. NATIONAL WHITE COLLAR CRIME CENTER. 2009, *Internet Crime Report*. Glen Allen: National White Collar Crime Center, 2010, p. 10. Vide CHAIKIN, David. *Network investigations of cyber attacks: the limits of digital evidence*. Springer Netherlands. Crime, Law and Social Change, Volume 46, Numbers 4-5, 2006, p. 239/256.

³⁶ Cfr. LEITE DE CAMPOS, Diogo. *A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, ano 58, 1998, p. 640.

³⁷ Cfr. WALD, Arnoldo. *Prefácio*. In CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, Prefácio.

³⁸ Vide DICKERSON, Nicholas. *What Makes the Internet So Special? And Why, Where, How, and by Whom Should Its Content Be Regulated?* *Houston Law Review*, Volume 46, Number 1, 2009, p. 61/102. Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 500 (Orientador Diogo Leite de Campos).

o jurista deve procurar apresentar saídas que possam efectivamente ser implementadas, respondendo assim aos anseios das pessoas com relação ao tema.

Complementarmente, o Direito passa a ter um papel educacional, no sentido de se tornar um vetor, direccionador, das práticas digitais que as pessoas devem realizar.

Na verdade, os paradigmas mudaram no mundo todo com a utilização da “internet”, e o nosso papel não só é de compreendê-los, mas também formularmos novos caminhos, procurando resolver os novos problemas digitais que se colocam.

b) Ataques ao bom nome e a reputação e seus desafios digitais

A “internet” como veículo central das tecnologias emergentes terá chegado a prestar-se como um novo fórum para a coesão social e discussões democráticas, bem como continuar como uma plataforma de informação, entretenimento, comunicação, comércio, e governança³⁹.

Ferramenta poderosa, é o recurso de disponibilizar páginas e informações (*Web sites*) distribuídas pela rede mundial, que pode mais facilmente ser realizado pelas pessoas. Ao contrário das restritas possibilidades anteriores (televisão, rádio, jornal – *nas mãos de poucos*)⁴⁰, agora qualquer um pode ter seu *Web site*, e divulgar seus assuntos de interesse, nas mais variadas áreas, por todo o mundo.

Mensagens de correio electrónico (*e-mail*), mensagens instantâneas, postagens, comentários em jornais, páginas da “internet” (WWW), músicas, vídeos e imagens podem estabelecer comunicações entre usuários por todo o planeta.

³⁹ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 74 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁴⁰ Cfr. DRAETTA, Ugo. *Internet et Commerce Électronique en Droit International des affaires*. Paris: Forum Européen de la Communication, 2003, p. 47.

Mais recentemente, os *Blogs* passaram a ser um importante instrumento disponibilizado na *WorldWide Web*. Os denominados “Blogueiros” são capazes de publicar comentários e estabelecer conversações nas mais variadas áreas, sem ter que lidar com os filtros dos média tradicionais⁴¹.

Outro ponto marcante, nesta linha, é que atualmente muitos de nós passamos mais tempo usando novos serviços da “internet”, nos conectamos com amigos nas redes sociais como MySpace, Facebook (este com incríveis 800 Milhões de usuários em 2012), PlentyOfFish, Twitter e LinkedIn, gerimos e compartilhamos nossas coleções de fotos em *Web sites* como Flickr, Instagram e Photobucket, e assistimos vídeos no YouTube⁴².

Todos estes serviços e utilidades revolucionaram o potencial de utilização da informação e dos relacionamentos sociais. Acrescente-se, que atualmente mais de 1,2 Bilhão de pessoas utilizam as redes sociais da “internet”⁴³.

Esses recursos nunca estiveram tão próximos das pessoas e empresas, e de uma forma tão maciça e pulverizada, como agora.

⁴¹ Sobre os *Blogs*, convidamos à leitura de GRIFFITHS, Mary. *e-Citizens: Blogging as Democratic Practice*. *Electronic Journal of e-Government*, Vol. 2, Issue 3, 2004, Disponível em: <http://www.ejeg.com/volume-2/volume2-issue3/v2-i3-art2-griffiths.pdf>, Acesso em 10.02.2010.

⁴² Cfr. RENNIGER, Ann, SHUMAR, Wesley. *Building virtual communities: learning and change in cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. *Vide Web sites* citados em: <http://www.myspace.com>, <http://www.facebook.com>, <http://www.flickr.com>, <http://www.plentyoffish.com>, <http://twitter.com>, <http://www.linkedin.com>, <http://www.orkut.com>, <http://www.photobucket.com>, <http://www.youtube.com>. *Vide*, também, DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT. *Online Social Networks-Research Report*. London: Clicks and Links, 2008, p. 06 e ss. Cfr. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION – ITU. *Digital life*. Genebra: ITU, 2006, p. 47.

⁴³ Cfr. REUTERS, Disponível em: <http://www.reuters.com/article/idUSTRE-63L0UB20100422>, Acesso em 22.04.2010.

As novas tecnologias já não são apenas ferramentas, elas formam os nossos modos de comunicação, e também os processos de alguns de nossos pensamentos, e de parte de nossa criatividade⁴⁴.

Por conseguinte, a explosão digital está mudando o mundo, tanto quanto a impressão de conteúdos uma vez o fez. As rupturas sociais que irá criar estão apenas começando⁴⁵.

No segmento que nos atina, milhões de casos afloram em todo o mundo onde as esferas da honra, em especial a **reputação**⁴⁶, e os direitos de personalidade, como o **bom nome**⁴⁷, sofrem ataques imerecidos e injustificáveis pela “internet”.

⁴⁴ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 74 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁴⁵ Cfr. ABELSON, Harold, LEDEEN, K, LEWIS, Harry. *Blown to Bits: your life, liberty, and happiness after the Digital explosion*. Boston: Addison-Wesley, 2008, p. 03.

⁴⁶ O Código Penal brasileiro define os crimes contra a honra nos artigos 138 a 145. A reputação está inserida, mais especificamente, na prática insidiosa da “Difamação”, nos termos do artigo 139, *in verbis*: “Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. Parágrafo único – A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.”

⁴⁷ No Brasil, o Código Civil reserva espaço aos Direitos de Personalidade, em especial o nome, nos artigos 16 a 21, nestes termos: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a

Para muitas pessoas, estar em linha significa a passagem para um mundo diferente, sem demarcações e constrangimentos encontrados no mundo real⁴⁸. Isto porque, os países e Organizações Internacionais em todo o mundo ainda discutem as novas modalidades nocivas oriundas da “internet” e sua conseqüente regulação e judicialização⁴⁹.

É de se lembrar nesse ponto, que as publicações ofensivas são digitais, sob uma forma susceptível de processamento num sistema de computadores. Com isso, sua transferência e pulverização mundial pela “internet” são reais.

Oportuno, nesse passo, acrescentar que a distância entre a vítima e o autor promovida pela rede, a internacionalidade dos provedores de conteúdo que guardam as informações, bem como o relativo anonimato acobertado por códigos, acabam por incentivar diversas tentativas de perpetração de práticas consideradas ilegais, como

requerimento do interessado, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

⁴⁸ Cfr. CARR, Nicholas G. *The Big Switch: Rewiring the World, from Edison to Google*. New York: Norton & Company, 2008, p. 191.

⁴⁹ De facto, no seguimento da propriedade intelectual, por exemplo, podemos citar os projetos de Lei que tramitam no Congresso dos Estados Unidos da America intitulados “Stop Online Piracy Act – SOPA”, “Protect IP Act – PIPA, e mais recentemente o “Online Protection and Enforcement of Digital Trade (OPEN) Act”. Vide PROTECT IP ACT OF 2011- PIPA. Disponível em: <http://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>, Acesso em: 11.01.2012. Vide STOP ONLINE PIRACY ACT – SOPA. Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3261ih/pdf/BILLS-112hr3261ih.pdf>, Acesso em: 11.01.2012. Vide ONLINE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF DIGITAL TRADE (OPEN) ACT. Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3782ih/pdf/BILLS-112hr3782ih.pdf> Acesso em: 21.06.2012. Vide DUTTON, Willian, HELSPER, Ellen, GERBER, Monica. *The Internet in Britain 2009*. Oxford: Oxford Internet Institute, 2009, p. 60/69. Cfr. UNITED NATIONS. *Internet Governance: Challenges and Opportunities for the ESCWA Member Countries*. New York: ESCWA, 2009. Vide MÖLLER, Christian, AMOUROUX, Arnaud. *Governing the Internet. Freedom and Regulation in the OSCE Region*. Viena: Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), 2010.

a publicação de conteúdos indesejosos em *Web sites*, ensejando calúnias, injúrias e difamações⁵⁰.

As publicações trazem diversas consequências: uma exposição constrangedora e mundial aos envolvidos; o desafio em se identificar as fontes das publicações, que são pulverizadas e podem ser oriundas tecnologicamente de países diferentes; a dificuldade à efectiva responsabilização dos infratores.

Por outro lado, mas igualmente desafiador, a disseminação quase instantânea dos conteúdos negativos torna inúteis as retratações futuras, ou efetivos impedimentos judiciais, no que diz respeito à proliferação destes conteúdos por outros diferentes veículos de comunicação (ou outros *Web sites*, e mecanismos de buscas, como o Google).

Estas condutas desviantes incluem atividades maliciosas, com ataques pulverizados pelo mundo, dirigidos às empresas, pessoas e até mesmo aos países (Wikileaks e Estados Unidos da América, em exemplo recente).

De destacar é, neste contexto, as percepções de PALFREY e GASSER (2008), bem como de MORRISON (2009), que afirmam que nunca antes foi possível ter “tanta” informação dos cidadãos, e acessível a outras “tantas” pessoas⁵¹. A tudo isso podemos acrescentar: **nunca antes foi possível difamar tanta gente, por tanta gente ao mesmo tempo.**

A relevância da presente conclusão existe principalmente em relação aos novos desafios jurídicos que se colocam. Com efeito, insta

⁵⁰ Cfr. CAVANNA, Emanuele. *Diffamazione e Internet: la necessità di una normativa specifica*. in MINOTTI, Daniele. *Diritto e Società dell'informazione. Riflessioni su informatica giuridica e Diritto dell'informatica*. Milano: Nyberg, 2005, p. 51/60.

⁵¹ Cfr. PALFREY, John, GASSER, Urs. *Born Digital. Understanding the First Generation of Digital Natives*. New York: Basic Books, 2008, p. 53. Vide MORRISON, Caren Myers. *Privacy, Accountability, and the Cooperating Defendant: Towards a New Role for Internet Access to Court Records*. *Vanderbilt Law Review*, Volume 62, 2009, pp. 01 e ss.

relembrar que casos proliferam nos Tribunais do mundo todo⁵², envolvendo um número crescente de pessoas, que é proporcionalmente aumentado na medida em que são incrementadas novas finalidades através da “internet”.

Seja pelas publicações em *Web sites*, seja pela disseminação de mensagens de correio electrónico, pelas postagens nas redes sociais, ou pelo conteúdo dos *blogs*, a verdade é clara: o Direito passa a ser cada vez mais relevante para a “internet”, assim como a “internet” demonstra-se cada vez mais importante para o estudo do Direito.

Em alinhamento, merece destaque o estudo de CAHIR (2002) ao adotar a posição de que a informação é um fenómeno social e que o Direito, como regulador das relações sociais, afeta diretamente a criação de conteúdos de informação e comunicação na sociedade⁵³.

As consequências sociais, nas palavras de CARR (2008), serão determinadas em larga medida pelo modo como as tensões entre os dois lados, liberdade e controlo, serão resolvidas⁵⁴.

Assim, por mais uma vez, devemos mencionar que a liberdade que tanto atrai as pessoas para a “internet”, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, para ser mantida precisa de certa ordenação, seja por novos meios regulatórios, seja por novos meios judiciais⁵⁵.

Nesta ordem de ideias, além da publicação de conteúdos indesejados que causam constrangimento ao bom nome e à reputação das

⁵² Vide, *in exemplis*, aquilo que reporta o Google em: GOOGLE. *Transparency Report*. Disponível em: <http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/>, Acessado em: 09.09.2012.

⁵³ Cfr. CAHIR, John. *Understanding Information Laws: A Sociological Approach*. The Journal of Information, Law and Technology, (3), 2002, pp. 01 e ss. Vide FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 87 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁵⁴ Cfr. CARR, Nicholas G. *The Big Switch: Rewiring the World, from Edison to Google*. New York: Norton & Company, 2008, p. 192.

⁵⁵ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 88 (Orientador Diogo Leite de Campos).

pessoas na “internet”, os mecanismos de localização e perpetuação histórica destes crimes está mais simples.

Em verdade, a busca e a disseminação de informações está mais facilitada com a “internet”⁵⁶.

O maior destaque, neste segmento, é o Google, conhecido mecanismo de busca, global, que procura encurtar aos internautas a tarefa de atingir novos *Web sites* e informações pela rede mundial de computadores. Aliás, nas palavras da própria empresa, “A missão do Google é organizar as informações do mundo todo e torná-las acessíveis e úteis em caráter universal.”⁵⁷

Ocorre que muito destas informações é constituída pelo resultado de publicações maldosas, com intuítos ilegais, e que ficam armazenadas nos motores de busca da “internet”, como Google, Yahoo!, Bing, Aol, entre outros.

Resta então à vítima procurar “retirar” seu nome de ligações e resultados que considera ofensivas à sua reputação e ao bom nome.

Por conseguinte, cabe enfocar que havendo uma publicação indejosa que envolva o bom nome e a reputação, a primeira medida é notificar o infrator para que retire a publicação.

Tal medida, por necessário, impede a continuidade da propagação e o conseqüente registo por parte das empresas que indexam estas informações nos motores de busca (Google, por exemplo).

Contudo, como se verifica, pela prática, nem sempre os responsáveis pelas publicações são conhecidos, pois valem-se do anonimato dos *Blogs*, dos *e-mails* e das páginas *fakes* das redes sociais.

Para que a devida identificação seja feita em relação à autoria de mensagens veiculadas por algum *e-mail*, postadas em determinado *Blog*, ou mesmo inseridas em uma página de uma das redes sociais

⁵⁶ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *The scientific research and the Internet*. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n.º 34, 2002, pp. 339 e ss.

⁵⁷ Cfr. GOOGLE, Disponível em: <http://www.google.com.br/intl/pt-BR/corporate/>, Acesso em 11.02.2010. Vide FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2005, pp. 150/159.

(Facebook), será então fundamental o fornecimento de informações por parte das empresas responsáveis por estes serviços.

Contudo, os dados e mensagens devem permanecer armazenados e posteriormente fornecidos⁵⁸ pelos provedores de conteúdo, para que, eventualmente, possam ser utilizados como prova de determinada conduta criminosa em Tribunal.

Entretanto, se tais provedores estiverem localizados no exterior, a indagação que se faz é: uma Lei ou Tribunal nacional poderia constranger provedores de conteúdo localizados em outros países a fornecer tais dados?

Exemplos como o Yahoo! (que utiliza a legislação do estado da Califórnia-EUA)⁵⁹, o Hotmail (que submete-se às leis do estado de

⁵⁸ Neste ponto, vale mencionar que o acesso aos conteúdos deveria, em nosso entender, ser apenas disponibilizado às autoridades judiciais, por sua determinação em decorrência de um processo judicial. Ainda, a proteção destes dados, até o referido momento, deve ser de responsabilidade dos provedores. Vide, neste contexto, a DIRETIVA 2002/58/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Diretiva “Privacidade e Comunicações Electrónicas”), transposta em Portugal pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto. Vide artigo 25 e seguintes da “Convention on Cybercrime”. Disponível em: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=07/04/2010&CL=GER>. Acesso em: 01.06.2010. Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 222 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁵⁹ Os termos de serviço do Yahoo!, submetem eventuais litígios ou práticas à legislação do Estado da Califórnia, nestes termos: “Choice of Law and Forum. You and Yahoo! each agree that the TOS and the relationship between the parties shall be governed by the laws of the State of California without regard to its conflict of law provisions and that any and all claims, causes of action or disputes (regardless of theory) arising out of or relating to the TOS, or the relationship between you and Yahoo!, shall be brought exclusively in the courts located in the county of Santa Clara, California or the U.S. District Court for the Northern District of California. You and Yahoo! agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located within the county of Santa Clara, California or the Northern District of California, and agree to waive any and all objections to the exercise of jurisdiction over the

Washington-EUA, Cingapura ou Luxemburgo, conforme a localidade acionada)⁶⁰, o Gmail (que segue as leis do estado da Califórnia-EUA)⁶¹, entre outros, estariam somente ligados as suas respectivas legislações⁶², embora possuam usuários, ou interessados na utilização

parties by such courts and to venue in such courts.”. Disponível em: <http://info.yahoo.com/legal/us/yahoo/utos/utos-173.html>, Acesso em: 19.05.2009.

⁶⁰ Interessante, neste contexto, a determinação da escolha da lei e do local para a resolução de contendas com a empresa Microsoft (detentora do Hotmail). Isto porque, a referida sociedade destina diferentes localidades, em conformidade ao local que a pessoa singular ou coletiva está situada. Contudo, isto é realizado em blocos, por exemplo: aqueles situados na Região da América do Norte e do Sul, Índia e China estão firmando um contrato submetido às leis do estado de Washington-EUA; os situados no Japão e no Pacífico asiático, submeter-se-ão às leis de Cingapura; e os situados na Europa, Oriente Médio e África, estão firmando um contrato com a Microsoft Luxembourg. Assim, para aqueles situados em Portugal, *in casu*, as leis do governo de Luxemburgo regerão a interpretação do contrato e serão aplicáveis às reclamações de violação deste, independentemente dos princípios de conflito de leis. Muito interessante também, é que para todas as outras reivindicações, incluindo as relativas às leis de proteção ao consumidor, leis de concorrência desleal, e em delito, estarão sujeitas às leis do país para o qual a Microsoft fornecer o serviço. Por fim, a Microsoft alerta que as partes “*concordam de forma irrevogável com a jurisdição e o foro exclusivos dos tribunais de Luxemburgo, para todas as contendas que surgirem ou estiverem relacionadas a este contrato.*”. Disponível em: <http://help.live.com/help.aspx?project=tou&mkt=pt-br>, Acesso em: 19.05.2009.

⁶¹ A seu turno, o Gmail, serviço gerido pelo Google, estipula em seus termos de serviço, que a legislação da Califórnia deverá regular as questões resultantes da utilização do e-mail, nestas palavras: “*20.7 Os Termos, e o relacionamento entre o usuário e o Google conforme os Termos, serão regidos pelas leis do Estado da Califórnia, independentemente do conflito de cláusulas legais. O usuário e o Google concordam em submeter à exclusiva jurisdição dos tribunais localizados no condado de Santa Clara, Califórnia, a resolução de quaisquer questões legais resultantes dos Termos. Não obstante o referido, o usuário concorda que o Google poderá ainda apresentar medidas injuntivas (ou de tipo equivalente de compensação legal urgente) em qualquer jurisdição.*”. Disponível em: <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=pt-BR>, Acesso em: 14.10.2009.

⁶² Vide KROES, Quinten. *E-Business Law of the European Union*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 17.

judicial de seus dados digitais, oriundos de diferentes partes do mundo⁶³.

Em outras palavras, estes provedores estariam vinculados às regras constantes em seus respectivos termos de serviço⁶⁴.

Devemos acrescentar, em consonância com as afirmações de LESSIG (2006), que a regulação no espaço da “internet” significa a capacidade do governo para regulamentar o comportamento de seus cidadãos, enquanto utilizadores da “internet”. Mas a arquitetura do ciberespaço tornou a vida neste contexto menos regulável nacionalmente⁶⁵.

Analisando os exemplos acima, podemos afirmar que cada vez mais as sociedades escolhem as leis às quais gostariam de se submeter. Embora isso já viesse a ser praticado anteriormente, a “internet” proporciona a qualquer um realizar a mesma escolha.

Isso porque um usuário português, por exemplo, ao escolher um provedor de correio electrónico que obedece leis de outro país (Gmail, Hotmail, por exemplo), está ao mesmo tempo manifestando, ainda que despreziosamente, seu desejo de utilizar as leis estrangeiras em suas relações de *e-mail*⁶⁶.

Se admitirmos que ações judiciais podem solicitar provas armazenadas nestes provedores estrangeiros, estamos a concluir que pode ser impossível que tais sociedades electrónicas sigam os ditames de

⁶³ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 224 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁶⁴ Os termos de serviço são cláusulas contratuais gerais disponibilizadas aos usuários no momento em que procedem à sua inscrição junto ao serviço de correio electrónico na Internet. No caso do Yahoo!, Hotmail e Gmail, vide notas anteriores.

⁶⁵ Cfr. LESSIG, Lawrence. *Code. Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006, p. 23.

⁶⁶ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 225 (Orientador Diogo Leite de Campos).

Portugal, ou qualquer outro país que não os escolhidos pela empresa da “internet”.

Na mesma ordem de ideias, encontram-se as redes de relacionamento digitais. De facto, hodiernamente, muitos de nós passamos mais tempo usando estes novos serviços da “internet”, conectando amigos nas redes sociais como o Orkut (que utiliza a legislação da Califórnia-EUA)⁶⁷, o MySpace (que escolheu as leis do estado de New York-EUA)⁶⁸, o Facebook, que possui mais de 800 milhões de usuários espalhados pelo mundo (mas que submete-se às leis da Califórnia-EUA)⁶⁹, o Twitter (que, igualmente, escolheu a legisla-

⁶⁷ O Orkut é outro serviço gerido pelo Google, que estipula em seus termos de serviço, que a legislação californiana deverá regular as questões resultantes da utilização desta rede social, nestes termos: “20.7 Os Termos, e o relacionamento entre o usuário e o Google conforme os Termos, serão regidos pelas leis do Estado da Califórnia, independentemente do conflito de cláusulas legais. O usuário e o Google concordam em submeter à exclusiva jurisdição dos tribunais localizados no condado de Santa Clara, Califórnia, a resolução de quaisquer questões legais resultantes dos Termos. Não obstante o referido, o usuário concorda que o Google poderá ainda apresentar medidas injuntivas (ou de tipo equivalente de compensação legal urgente) em qualquer jurisdição.”. Disponível em: <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=pt-BR>, Acesso em: 14.10.2009.

⁶⁸ O MySpace elege o estado norte-americano de New York como local regulador de eventuais litígios, conforme seu termo de serviço: “15. Litígios. O Contrato será regido e interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova York, sem considerar as normas de conflitos. O Utilizador e a MySpace comprometem-se a ficar sujeitos à jurisdição exclusiva dos tribunais localizados no Estado de Nova York para resolver qualquer litígio resultante do Contrato ou dos Serviços MySpace.”. Disponível em: <http://www.myspace.com/index.cfm?fuseaction=misc.terms>, Acesso em: 15.04.2009.

⁶⁹ A seu turno, o Facebook determina a regulação oriunda do estado norte-americano da Califórnia para governar os litígios eventualmente ocorrentes, de acordo com estas palavras: “1. You will resolve any claim, cause of action or dispute (“claim”) you have with us arising out of or relating to this Statement or Facebook in a state or federal court located in Santa Clara County. The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions. You agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County,

ção da Califórnia-EUA), o PlentyOfFish (utiliza-se da legislação do Canada)⁷⁰, gerindo e compartilhando perfis, bem como nossas coleções de fotos em Web sites como Flickr (leis da Califórnia-EUA)⁷¹

California for the purpose of litigating all such claims.”. Disponível em: <http://www.facebook.com/terms.php?ref=pf>, Acesso em: 22.04.2009.

⁷⁰ Diferentemente dos demais Web sites de relacionamento citados, o PlentyOfFish é regulado pela legislação canadiana, nos seguintes termos: *“This Agreement represents the entire agreement between you and Plentyoffish regarding the use of our services and supersedes any other agreement or understanding on the subject matter. This Agreement, your rights and obligations, and all actions contemplated by this Agreement shall be governed by the laws of the Province of British Columbia, Canada. As a condition of using Plentyoffish.com’s services, each user agrees that any and all disputes and causes of action arising out of or connected with Plentyoffish.com, shall be resolved through arbitration, with such arbitration to be held in Vancouver, British Columbia, Canada.”*. Disponível em: <http://www.plentyoffish.com/terms.aspx>, Acesso em: 12.04.2009.

⁷¹ O Flickr, utiliza-se dos termos de serviço do Yahoo!, corporação que realiza sua gestão, submetendo-se à legislação do estado da Califórnia-EUA, de acordo com estes termos: *“Choice of Law and Forum. You and Yahoo! each agree that the TOS and the relationship between the parties shall be governed by the laws of the State of California without regard to its conflict of law provisions and that any and all claims, causes of action or disputes (regardless of theory) arising out of or relating to the TOS, or the relationship between you and Yahoo!, shall be brought exclusively in the courts located in the county of Santa Clara, California or the U.S. District Court for the Northern District of California. You and Yahoo! agree to submit to the personal jurisdiction of the courts located within the county of Santa Clara, California or the Northern District of California, and agree to waive any and all objections to the exercise of jurisdiction over the parties by such courts and to venue in such courts.”*. Disponível em: <http://info.yahoo.com/legal/us/yahoo/utos/utos-173.html>, Acesso em: 10.05.2009.

e Photobucket (este escolheu a legislação de New York-EUA)⁷². Ou ainda, assistindo vídeos no YouTube (legislação da Califórnia-EUA)⁷³.

⁷² Já o Photobucket, escolheu a legislação do estado de New York, nos Estados Unidos, para regular seus eventuais litígios, assim definidos: “*Disputes. The Agreement shall be governed by, and construed in accordance with, the laws of the State of New York, without regard to its conflict of law provisions. You and Photobucket agree to submit to the exclusive jurisdiction of the courts located within the State of New York to resolve any dispute arising out of the Agreement or the Photobucket Services...*”. Disponível em: <http://photobucket.com/terms>. Acesso em: 16.05.2009.

⁷³ O YouTube, maior Web site do mundo que disponibiliza vídeos na Internet, definiu a Califórnia como fonte reguladora de suas atividades, através de seus termos de serviço: “*You agree that: (i) the YouTube Website shall be deemed solely based in California; and (ii) the YouTube Website shall be deemed a passive website that does not give rise to personal jurisdiction over YouTube, either specific or general, in jurisdictions other than California. These Terms of Service shall be governed by the internal substantive laws of the State of California, without respect to its conflict of laws principles. Any claim or dispute between you and YouTube that arises in whole or in part from your use of the YouTube Website shall be decided exclusively by a court of competent jurisdiction located in Santa Clara County, California. These Terms of Service, together with the Privacy Notice at <http://www.youtube.com/t/privacy> and any other legal notices published by YouTube on the Website, shall constitute the entire agreement between you and YouTube concerning the YouTube Website. If any provision of these Terms of Service is deemed invalid by a court of competent jurisdiction, the invalidity of such provision shall not affect the validity of the remaining provisions of these Terms of Service, which shall remain in full force and effect. No waiver of any term of this these Terms of Service shall be deemed a further or continuing waiver of such term or any other term, and YouTube’s failure to assert any right or provision under these Terms of Service shall not constitute a waiver of such right or provision. YouTube reserves the right to amend these Terms of Service at any time and without notice, and it is your responsibility to review these Terms of Service for any changes. Your use of the YouTube Website following any amendment of these Terms of Service will signify your assent to and acceptance of its revised terms. YOU AND YOUTUBE AGREE THAT ANY CAUSE OF ACTION ARISING OUT OF OR RELATED TO THE YOUTUBE WEBSITE MUST COMMENCE WITHIN ONE (1) YEAR AFTER THE CAUSE OF ACTION ACCRUES. OTHERWISE, SUCH CAUSE OF ACTION IS PERMANENTLY BARRED.*”. Disponível em: <http://www.youtube.com/t/terms>, Acesso em: 17.02.2010. Neste contexto do presente trabalho, Vide DE-

Em concentração a estas utilidades, podemos dizer que o estado norte-americano da Califórnia tem sido o mais utilizado pelas empresas na regulação das redes de relacionamento digitais, através dos termos de serviço disponibilizados pelo Facebook, Orkut, Twitter, Flickr e YouTube. Em arremate oportuno, esta primazia californiana coloca os poderes regulatórios de qualquer outra parte do mundo em situação de notório descontrolo⁷⁴.

Em outras palavras, leva os governos e Tribunais estrangeiros (*in casu*, não californianos) a refletirem sobre os limites do seu alcance jurídico em relação a todas as atividades realizadas nas redes de relacionamento digitais, na utilização dos correios electrónicos, e das mensagens instantâneas. Contudo, seus usuários estão espalhados pelo mundo todo. Por conseguinte, ações judiciais podem (e já estão) a proliferar em diferentes países⁷⁵.

Em relação aos *Blogs*, o desafio é o mesmo. A principal empresa fornecedora deste serviço é o Google (*Blogger*), com sede em Mountain View, Califórnia, Estados Unidos da América – EUA.

Em suma a respeito, o Google estabelece que para a resolução de qualquer litígio aplicam-se as leis da Califórnia, EUA. Igualmente, todas as queixas serão resolvidas exclusivamente nos Tribunais

PARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT. *Online Social Networks-Research Report*. London: Clicks and Links, 2008, p. 06 e ss. Vide, também, RENNINGER, Ann, SHUMAR, Wesley. *Building virtual communities: learning and change in cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Vide *Web sites* citados em: <http://www.myspace.com>, <http://www.facebook.com>, <http://www.flickr.com>, <http://www.plentyoffish.com>, <http://twitter.com>, <http://www.orkut.com>, <http://www.photobucket.com>, <http://www.youtube.com>.

⁷⁴ Neste contexto, não podemos deixar de referir que o descontrolo advém da internacionalidade, constante, das comunicações eletrónicas transnacionais. Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 230 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁷⁵ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 230 (Orientador Diogo Leite de Campos).

federais ou estaduais do Condado de Santa Clara, na Califórnia, e o utilizador e a Google aceitam a jurisdição pessoal dos referidos tribunais⁷⁶.

Os mesmos desafios anteriores são aplicados para pedidos individuais às empresas de busca envolvidas, aquando de eventual solitação para “retirada” do nome das buscas (ou da vinculação à indejosa publicação), ou para fornecimento de dados que irão subsidiar ações judiciais.

O Google é o recordista de pedidos de Tribunais de todo o mundo para remover o conteúdo de alguns serviços que presta, como o próprio *Web site* de buscas, os *Blogs*, ou os vídeos que publica pelo *You Tube*. Para se ter uma ideia da importância da empresa nesta seara, somente no período entre julho e dezembro de 2011, foram solicitados ao Google 11.994 pedidos de remoção.

As remoções de conteúdo são oriundas de diversas razões, em especial devido a acusações de **difamação**⁷⁷.

No mesmo sentido, o Google recebe regularmente, e em número crescente, solicitações de entidades governamentais e Tribunais de todo o mundo para entregar dados de usuários. Apenas nos últimos 6 (seis) meses de 2011, foram 18.257 pedidos de dados. A seu turno, sobre dados relacionados a contas hospedadas especificamente pelo Google foram 28.562 ⁷⁸ !

O quadro abaixo, ilustra os pedidos judiciais/governamentais, país a país, endereçados ao Google, com destaque nosso para Brasil e Portugal, e que pelas próprias explicações do referido *Web site*, nem sempre são cumpridas⁷⁹.

⁷⁶ GOOGLE. *Google Terms of Service*. Disponível em: <http://www.google.com/intl/en/policies/terms/>, Acessado em: 09.09.2012.

⁷⁷ GOOGLE. *Google Terms of Service*. Disponível em: <http://www.google.com/intl/en/policies/terms/>, Acessado em: 09.09.2012.

⁷⁸ GOOGLE. *Transparency Report*. Disponível em: <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/>, Acessado em: 09.09.2012.

⁷⁹ Cfr. GOOGLE. *Transparency Report*. Disponível em: <http://www.google.com/transparencyreport/map/>, Acessado em: 09.09.2012.



Tais condições são de extrema importância na constatação de que há demasiado poder nas mãos daqueles que controlam a “internet” privatisticamente, e um enfraquecimento das instituições

que normalmente exercem o poder no mundo tradicional, como se depreende pelos resultados mostrados nos quadros acima.

O Google explica, em atenção aos resultados ilustrados, que as estatísticas abrangem principalmente os assuntos em matéria penal, mas que nem todas as informações são disponibilizadas às autoridades. Isto porque, aquelas informações que o Google “acredita” *não ser obrigada legalmente* a compartilhar, são mantidas em sigilo.

Devemos notar, em especial, que nem mesmo determinações judiciais são integralmente cumpridas, tornando a empresa mais importante, ou equivalente, ao sistema judicial de vários países do mundo.

Tal contexto, pois, reflete situações que desafiam os países em seu exercício legislativo e judicial.

c) Medidas jurídicas

Na conciliação da liberdade com o respeito pelos (outros) direitos fundamentais, diversas soluções têm sido apresentadas.

Iniciemos com a referência aos “filtros”, consistindo em programas informáticos que bloqueiam o acesso só a certos documentos. A EU apoia o PICS (Platform for internet content selection). Este filtro compreende uma “lista branca” que deixa passar só os serviços de informação registados, e uma “lista negra” que bloqueia outros serviços. Neste domínio, salientamos a “CyberNot” que visa mais de sete mil programas considerados nocivos por motivo de violência, obscenidade, entre outros.

Os “parafogos” permitem ou impedem a transmissão de dados desde e para a “internet”.

Os certificados digitais permitem identificar pessoas que intervêm em atos jurídicos.

As denominadas “ciberpolícias” procuram combater o crime na “internet”.

Estas medidas parecem insuficientes, pois protegem mais os destinatários do que as vítimas.

Estão, porém, no caminho de transformar a “internet” de “anarquia” libertária em “liberdade garantida”⁸⁰. Através de um debate entre os “apocalípticos” que denunciam os efeitos nocivos de certos usos da internet, e os “integrados” que veneram a internet só pelo facto de ser nova⁸¹.

Vejam algumas medidas jurídicas de regulamentação a nível do Direito constituído.

Nos EUA parece relevante a decisão do Supremo Tribunal (26/06/1997 – no. 96-511) sobre a inconstitucionalidade do “Communications Decency Act” de 1996. Sem pôr em causa a proteção de outros direitos fundamentais, o ST pronuncia-se contra o controlo prévio. Para o juiz John Paul Stevens, a inconstitucionalidade da lei é enquadrada na tradição constitucional que, na ausência de evidência em contrário, se presume que a regulamentação do conteúdo das comunicações tende mais a interferir com a livre troca de ideias do que a promovê-la. O benefício de promover a liberdade de expressão numa sociedade democrática ultrapassa qualquer benefício da censura, meramente teórico e improvável.

Tudo, pois, embasado naquilo que estabelece a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos, (*freedom of speech*)⁸². Esta norma fundamental, no contexto norte-americano, tem servido de referência basilar, ao estabelecer que:

“*Amendment I – Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridg-*

⁸⁰ Palavras de LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, s.d., p. 101.

⁸¹ Cfr. ECO, U., *Apocalittici e integrati*, Bompiano. Milano, 3ª ed., 1982.

⁸² Cfr. THE UNITED STATES CONSTITUTION. Para mais sobre a Primeira Emenda no contexto da Internet convidamos a leitura de ABELSON, Harold, LEDEEN, K, LEWIS, Harry. *Blown to Bits: your life, liberty, and happiness after the Digital explosion*. Boston: Addison-Wesley, 2008, p. 253 e ss. Vide, ainda, MAY, Randolph. *Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age*. I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Vol. 3, n.º 1, Spring, 2007.

ing the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”⁸³.

No âmbito da EU a norma fundamental é a DIRETIVA 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 24 de Outubro de 1995⁸⁴. Em 1996 foi publicada uma comunicação da Comissão sobre conteúdos ilícitos e nocivos na internet, visando alcançar um correcto equilíbrio entre a garantia de livre circulação da informação e a proteção do interesse público. Assenta-se em que o que é ilícito fora da “internet” também o é quando veiculado através desta.

Segue-se o “Livro verde sobre a proteção dos menores e da dignidade humana nos novos serviços audiovisuais e de informação”. Reporta-se esta à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nomeadamente em matéria de respeito da vida privada e familiar e liberdade de expressão, bem como à Carta de Direitos Fundamentais da EU (Nice, Dezembro de 2000), onde se estabelece a proibição do exercício abusivo dos direitos (art. 54.º). No art. 8.º prevê-se a proteção dos dados pessoais, determinando-se que o respeito por esta norma ficará sujeito a uma entidade independente (n.º 3). O Livro Verde, recolhendo as orientações do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entende que as restrições à liberdade de expressão fundadas na defesa dos direitos de outrem, ficam subordinadas a três pressupostos cumulativos: proibição da arbitrariedade; necessidade

⁸³ Cfr. THE UNITED STATES CONSTITUTION. Para mais sobre a Primeira Emenda no contexto da Internet convidamos a leitura de ABELSON, Harold, LEDEEN, K, LEWIS, Harry. *Blown to Bits: your life, liberty, and happiness after the Digital explosion*. Boston: Addison-Wesley, 2008, p. 253 e ss. Vide, ainda, MAY, Randolph. *Net*

Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age. I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Vol. 3, n.º 1, Spring, 2007.

⁸⁴ DIRETIVA 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 24 de Outubro de 1995, dedicada à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação dos mesmos.

social imperiosa de garantir direitos próprios das sociedades democráticas; legitimidade de objetivos.

Nesta sequência, importante referenciar a DIRETIVA 2002/58/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, também denominada de Diretiva “Privacidade e Comunicações Electrónicas”, e que foi transposta em Portugal pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto.

O Tribunal de Justiça da EU, por sentença de 6/Nov./2003 (c-101/01), caso Lindqvist, ocupou-se com a protecção da esfera privada através do tratamento automatizado de dados pessoais. Assim: a elaboração de informações sobre pessoas, numa página *Web*, que permitam a identificação destas, constitui um tratamento total ou parcialmente informatizado no sentido do art. 3.º, 1, da Diretiva 95/46. Tal tratamento não está previsto nas exceções do artigo 3.º, 2 da Diretiva 95/46.

A indicação de que uma pessoa se lesionou e está em baixa parcial constitui um dado pessoal relativo à saúde (art. 8.º, 4 da Diretiva).

As disposições da Diretiva 95/46 não implicam quaisquer restrições contrárias ao princípio geral da liberdade de expressão ou outros direitos e liberdades vigentes na EU, ponto também acompanhado pela Diretiva “Privacidade e Comunicações Electrónicas”.

As medidas adoptadas pelos Estados membros para garantir a protecção dos dados pessoais têm de respeitar a Diretiva, mas podem compreender matérias não estabelecidas nesta.

Na mesma esteira internacional, o Council of Europe (*Conselho da Europa*) adotou a importante “Convention on Cybercrime (2001)”⁸⁵. A

⁸⁵ Cfr. HOPKINS, Shannon. *Cybercrime Convention: A Positive Beginning to a Long Road Ahead*. The Journal of High Technology Law, Volume II, n.º 1, 2003, p. 101 e ss. Vide SWIRE, Peter. *Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet*. University of Pennsylvania Law Review, Volume 153, n.º 06, p. 1984. Vide HUEY, Laura, ROSENBERG, Richard. *Watching the Web: Thoughts on Expanding Police Surveillance Opportunities Under the Cyber-Crime Convention*.

referida Convenção foi assinada por 47 países, sendo o primeiro instrumento internacional neste segmento da Internet. Neste momento, já foi ratificada por 33 países, incluindo Portugal, Alemanha, Estados Unidos da América, Suíça, Reino Unido, Itália, França, entre outros.

Esta significativa Convenção fornece um quadro jurídico que visa à defesa da sociedade internacional contra a *cibercriminalidade*, adotando uma legislação interessante e promovendo a cooperação internacional⁸⁶.

O maior significado desta tratativa é a constatação pelos negociadores de que a luta efetiva contra a *cibercriminalidade* requer uma cooperação internacional em matéria penal acrescida, rápida e eficaz⁸⁷. Igualmente, a Convenção foi completada com um Protocolo Adicional relativo à incriminação de atos de natureza racista e xenófoba praticados através da Internet, de 2003⁸⁸.

Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, Volume 46, n.º 05, 2004, p. 597 e ss. Vide GERCKE, Marco. *Europe's legal approaches to cybercrime*. Heidelberg: Springer, ERA-Forum, Volume 10, Number 3, 2009, p. 409/420. Cfr. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=07/04/2010&CL=GER>. Acesso em: 01.06.2012.

⁸⁶ Cfr. COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=07/04/2010&CL=GER>. Último Acesso em: 07.04.2010. Em Portugal, a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, transpôs para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adaptou o Direito interno à Convenção sobre Cybercrime do Conselho da Europa.

⁸⁷ Cfr. GERCKE, Marco. *Europe's legal approaches to cybercrime*. Heidelberg: Springer, ERA-Forum, Volume 10, Number 3, 2009, p. 409 e ss.

⁸⁸ Cfr. COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*. Disponível em: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=189&CM=8&DF=07/04/2010&CL=GER>. Acesso em: 07.04.2010.

Por fim, neste ponto, pode-se concluir que a diferença entre os Direitos da EU e dos EUA estará numa maior propensão deste em recusar controlo prévio.

Entretanto, recentemente, em caso de enorme repercussão internacional, o Google recebeu determinação do juizado da 35^a. Zona Eleitoral de Mato Grosso do Sul, Brasil, para que retirasse dois vídeos disponíveis no YouTube. Segundo o requerente, Alcides Bernal (candidato e então Prefeito de Campo Grande), os vídeos continham imagens injuriosas e caluniosas contra o interessado. Entretanto, o Google não cumpriu a ordem judicial, justificando que “considerava” não tratar-se de propaganda eleitoral negativa⁸⁹.

Por conseguinte, o juízo ignorado determinou que as ligações aos vídeos fossem retiradas da “internet” em até 24 h., sob pena de prisão do representante legal da Google no Brasil, “além da suspensão dos acessos dos sites Google por 24 horas em toda capital sul-mato-grossense e, em caso de impossibilidade da medida ser restrita à cidade, fossem os acessos suspensos em todo o estado”⁹⁰.

Devidamente notificada, a empresa negou-se a retirar os vídeos asseverando que “as ameaças feitas por este Douto Juízo Eleitoral são ilegais e violam princípios processuais e constitucionais de ampla defesa, contraditório, devido processo legal e acesso ao duplo grau de jurisdição”⁹¹.

⁸⁹ Cfr. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO DO SUL. *Justiça Eleitoral de MS concede liberdade a diretor do Google; entenda o caso*. Disponível em: <http://www.tre-ms.jus.br/noticias-tre-ms/2012/Setembro/justica-eleitoral-de-ms-concede-liberdade-a-diretor-do-google-entenda-o-caso/?searchterm=Google>, Acesso em: 29.09.2012.

⁹⁰ Cfr. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO DO SUL. *Justiça Eleitoral de MS concede liberdade a diretor do Google; entenda o caso*. Disponível em: <http://www.tre-ms.jus.br/noticias-tre-ms/2012/Setembro/justica-eleitoral-de-ms-concede-liberdade-a-diretor-do-google-entenda-o-caso/?searchterm=Google>, Acesso em: 29.09.2012.

⁹¹ Cfr. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO DO SUL. *Justiça Eleitoral de MS concede liberdade a diretor do Google; entenda o caso*. Disponível em: <http://www.tre-ms.jus.br/noticias-tre-ms/2012/Setembro/>

Nesta sequência, em face da inobservância aos regramentos brasileiros, em especial o artigo 347 do Código Eleitoral brasileiro, o juizado determinou a suspensão do YouTube no Estado e a prisão de Fábio José Silva Coelho, representante do Google no Brasil.

Não obstante o representante do Google já estar solto no momento, por relaxamento de sua prisão, três pontos importantes emergem da referida decisão: primeiramente, o processo continua seu trâmite no Brasil, em face de mais dois interessados, o Facebook e o Yahoo!; o imbróglio demonstra a importância das questões envolvendo o bom nome e a reputação; a conclusão que a matéria em discussão resulta de perspectivas diferentes na abordagem entre liberdade de expressão e preservação do bom nome e da reputação no ambiente digital.

Na maioria dos casos, o Google adota postura de resistência. Ora por refugiar-se na jurisdição dos Estados Unidos da América (local de sua sede e de seus servidores), ora por embasar-se naquilo que estabelece a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (*freedom of speech*)⁹².

Princípios como a liberdade de expressão em diversos países, mas que ao mesmo tempo é considerado uma ameaça para a moralidade ou às leis em outros Estados, levantam a questão de ser

[justica-eleitoral-de-ms-concede-liberdade-a-diretor-do-google-entenda-o-caso/?searchterm=Google](#), Acesso em: 29.09.2012.

⁹² Vide THE UNITED STATES CONSTITUTION: “Amendment I – Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the **freedom of speech**, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.” Para mais sobre a Primeira Emenda no contexto da Internet convidamos a leitura de ABELSON, Harold, LEDEEN, K, LEWIS, Harry. *Blown to Bits: your life, liberty, and happiness after the Digital explosion*. Boston: Addison-Wesley, 2008, p. 253 e ss. Vide, ainda, MAY, Randolph. *Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age*. I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Vol. 3, n.º 1, Spring, 2007.

impraticável, para cada país, aplicar o seu próprio regime jurídico a toda a rede⁹³.

d) Diretrizes

Sociologicamente, o cidadão passou a ter “dedos livres” para optar por novas formas de relacionamento e identificação com redes outras, desterritorializadas, de natureza cultural, profissional e também económica⁹⁴. Sobretudo, a liberdade proporcionada pela “internet” acaba por ser confundida, por alguns, com libertinagem, como um espaço sem leis e sem constrangimentos encontrados no mundo real. Escreve-se, de forma exacerbada, muito mais do que se faria normalmente. Fala-se, muito mais, sem os devidos filtros necessários para não se atingir direitos alheios. Publica-se, atingindo-se o bom nome e a reputação, de muito mais gente do que se poderia imaginar.

Ademais, a “internet” criou uma “emaranhada teia” de complexidade jurídica e científica que tem ultrapassado a capacidade dos sistemas judiciários para gerir estes casos apenas com soluções tradicionais e nacionais. Para KONDO (2002), em conformidade, o Poder Judicial tem estado perplexo diante da extraordinária e especial complexidade introduzida pelas novas tecnologias⁹⁵.

A partir de todo o exposto, concluímos que na medida em que os novos meios de comunicação avançam, parece evidente que as atuais estruturas e modelos de controlo não estão devidamente preparados

⁹³ Cfr. CERF, Vinton. *The Scope of Internet Governance*. In: KLEINWÄCHTER, Wolfgang, DORIA, Avri. *Internet Governance Forum (IGF). The First Two Years*. Paris: UNESCO, 2010, p. 56. Cfr. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION – ITU. *Digital.life*. Genebra: ITU, 2006, p. 128.

⁹⁴ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 31 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁹⁵ Cfr. KONDO, LeRoy. *Untangling The Tangled Web: Federal Court Reform Through Specialization For Internet Law And Other High Technology Cases*. *UCLA Journal of Law & Technology*, 2002, pp. 01 e 03.

para enfrentar um mundo cujos desafios transcendem as fronteiras nacionais, e de maneira tão constante e numerosa⁹⁶.

Para RUNDLE (2005), os países procuram manter a soberania sobre algumas áreas da “internet”, mas devem admitir a necessidade de cooperar e compartilhar o poder com outras nações⁹⁷.

De facto, muitos dos processos que afetam pessoas e empresas no mundo da “internet” estão além das competências dos mecanismos nacionais de exercício do Poder Judicial e Legislativo.

Neste contexto, crescem as necessidades no sentido de exigir novas formas de governação mundial para lidar com estas questões globais.

Nesta linha de ideias, com o aumento de usuários da “internet”, e na medida em que os problemas internacionais também crescem, as respostas devem ter diretrizes internacionais.

É neste desenrolar que o Direito tradicional enfrenta desafios crescentes. A principiar pela evidente internacionalidade da “internet”⁹⁸.

Na mesma esteira de raciocínio, não há barreiras físicas para a mobilidade *online*, e as formas de controlo, conseqüentemente, não foram elaboradas com o intuito de incidir sobre as novas atividades virtuais.

Conforme pode-se visualizar atualmente, um dos desafios encontrados pelo juiz é o de conseguir, efetivamente, a subordinação de determinado réu/empresa estrangeira em uma ação judicial iniciada em seu país.

⁹⁶ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 299 (Orientador Diogo Leite de Campos).

⁹⁷ Cfr. RUNDLE, Mary. *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*. Harvard Law School, Berkman Center Research Publication N.º 2005-16, 2005, p. 01.

⁹⁸ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 301 (Orientador Diogo Leite de Campos).

Ainda, indaga-se a respeito de qual a legislação ou Tribunal que conseguiria sujeitar o comportamento de uma empresa vinculada a várias soberanias, aquando de eventuais julgamentos. Ademais, as situações originadas pela “internet” e as soluções apresentadas pelos Tratados e Regulamentos não foram elaboradas levando em consideração este novo contexto.

Neste sentido, em face do panorama ilustrado, consideramos ser necessário um novo plano, em virtude da atual falta de habilidade de se responder a todas as questões electrónicas que se colocam frente aos Poderes Judiciais e legislações nacionais.

Por todos os títulos, surge, pois, a necessidade de um novo paradigma⁹⁹.

Tudo, pois, na direção de uma judicialização internacional, mais eficiente e apropriada para o mundo da “internet”: Um Tribunal Internacional para a Internet¹⁰⁰.

De facto, no âmbito das novas matérias que o Direito, bem como o Direito Internacional tem vindo a absorver, evidencia-se a necessidade de uma justiça internacional eficaz, advinda da assimilação complementar de assuntos que antes eram de domínio absoluto dos Estados¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. VON BOGDANDY, Armin, DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*. New York: International Law and Justice Working Paper 2008/3, p. 57 e ss. Cfr. RABINOVICH-EINY, Orna. *Beyond Efficiency: The Transformation of Courts Through Technology*. UCLA Journal of Law & Technology, Volume 12, n.º 01, 2008, p. 03.

¹⁰⁰ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012 (Orientador Diogo Leite de Campos).

¹⁰¹ Em geral, Vide RÖBEN, Volker. *The Enforcement Authority of International Institutions*. In: GOLDMANN, Matthias, VON BOGDANDY, Armin, WOLFRUM, Rüdiger, VON BERNSTORFF, Jochen, DANN, Philipp. *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional law*. Heidelberg: Springer, 2010, p. 819/840. Vide VON BOGDANDY, Armin, DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*. New York: International Law and Justice Working Paper 2008/3, p. 57 e ss. Vide LEITE DE

Nesta perspectiva, CASELLA, ACCIOLY e NASCIMENTO E SILVA (2008), entendem que a compreensão e o alcance do Direito Internacional somente se consolidam na medida em que se tenha conscientização da impossibilidade e inadequação operacional dos sistemas nacionais para confrontar as necessidades atuais¹⁰².

A nova dimensão instaurada pela “internet”, intitulada de ciberespaço, não pediu a autorização dos Estados para constituir-se em escala global.

O Direito, então, se não desejar posicionar-se como ineficiente ou ineficaz, deve incorporar os verdadeiros problemas, e protagonizar as ações voltadas ao estabelecimento da justiça, também, em escala global¹⁰³.

No segmento da “internet”, deve, sim, prospectivar a sua evolução futura.

De facto, a importância hodierna do Direito Internacional revela-se pelas muitas áreas que veio a absorver, como o Direito Internacional Económico, o Direito Internacional da Comunicação, o Direito Internacional do Espaço Exterior, o Direito Internacional do Ambiente, o Direito Internacional dos Direitos do Homem, o Direito Internacional Criminal, o Direito Internacional Desportivo, e o Direito Internacional do turismo, entre muitos outros¹⁰⁴.

CAMPOS, Diogo. *Prefácio*. In: GOMES, Fabio Luiz. *Direito Internacional. Perspectivas Contemporâneas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5/8.

¹⁰² Cfr. CASELLA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

¹⁰³ Cfr. UERPMANN-WITZACK, Robert. *Internetvölkerrecht*. *Archiv des Völkerrechts*, Volume 47, Number 3, September 2009, pp. 261/283.

¹⁰⁴ Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 96. Sobre o Direito Internacional Económico, Vide SALACUSE, Jeswald. *The Emerging Global Regime for Investment*. *Harvard International Law Journal*, Volume 51, Number 2, Summer 2010, p. 427/473. Vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.º Volume, 2004, pp. 1683 e ss. Vide ROBERTS, Paul. *Comparative Criminal Justice Goes Global*. *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 28, Number 02, 2008, pp. 369/391. Vide CLAPHAM, Andrew. *The Role of*

Em todas as dimensões a que foi chamado, o Direito Internacional procurou dar sua contribuição. Seja na terra, no mar, no ar ou no espaço, novos patamares de juridicidade internacionais foram alinhavados¹⁰⁵.

Mas para tal, não pode, nem deve, basear-se em paradigmas anteriores, sobre os quais fundamentaram-se diversas teorias “inter/nacionalistas”, em grande parte negando à possibilidade de um Direito, complementar ou partilhado, a escala Mundial¹⁰⁶.

Muitas delas apoiadas em factos e atos situados em momento temporal anterior, no qual não existia nem mesmo o avião como meio de transporte internacional, e a incrementar as relações internacionais¹⁰⁷.

the Individual in International Law. The European Journal of International Law, Volume 21, Number 01, 2010, pp. 25/30.

¹⁰⁵ A respeito do tratamento jurídico internacional das várias dimensões do território, nos seus âmbitos terrestre, marítimo, aeronáutico, bem como no tratamento legal do espaço exterior, Vide CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009. Cfr. SIMMA, Bruno. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*. The European Journal of International Law, Volume 20, Number 02, 2009, pp. 265/297. Vide OWADA, Hisashi. *The Rule of Law in a Globalizing World – An Asian Perspective*. Washington University Global Studies Law Review, Volume 7, Number 02, 2008, pp. 193/194. Vide SALACUSE, Jeswald. *The Emerging Global Regime for Investment*. Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 2, Summer 2010, pp. 427/473. Vide UERPMANN-WITZACK, Robert. *Principles of International Internet Law*. German Law Journal, Volume 11, n.º 11, 2010, pp. 1245/1263. Cfr. BÚRCA, Gráinne de. *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*. Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 1, Winter 2010, pp. 01/49.

¹⁰⁶ Cfr. em posição favorável ao universalismo, VON BOGDANDY, Armin, DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*. New York: International Law and Justice Working Paper 2008/3, pp. 57 e ss. Sobre o desenrolar para um Direito Internacional Universal, Vide LORCA, Arnulf Becker. *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*. Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 2, Summer 2010, pp. 475/552.

¹⁰⁷ Vide VON BOGDANDY, Armin, DELLAVALLE, Sergio. *Universalism Renewed: Habermas’ Theory of International Order in Light of Competing Paradigms*. German Law

A importância de tal afirmação se reveste na premissa de que as relações internacionais tornaram-se muito mais corriqueiras na medida em que novos meios de transportes internacionais surgiram, *in casu* o avião¹⁰⁸.

Mas agora, o transporte também é virtual, digital, instantâneo, global.

Em outras palavras, as necessidades, as condições, as perspectivas, e as dimensões instauradas são, também, internacionais, mundiais.

Os benefícios resultantes da judicialização mundial dos conflitos internacionais na “internet”, com uma organização adequada, possibilitaria uma maior eficácia na busca por justiça e segurança jurídica.

Nessa esfera, o Direito Internacional surge com promissora perspectiva basilar¹⁰⁹.

Journal, Volume 10, n.º 01, 2009, pp. 05/30.

¹⁰⁸ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 306 (Orientador Diogo Leite de Campos).

¹⁰⁹ Cfr. CASSESE, Sabino. *Regulation, Adjudication and Dispute Resolution Beyond the State*. Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Fall, 2008, pp. 25 e ss. Vide KASTO, Jalil. *New International Order and International Law After the Millennium*. London: International Law Series n.º 07, 2002, p. 12 e ss. Vide WESTON, Burns, FALK, Richard, CHARLESWORTH, Hilary, STRAUSS, Andrew. *International Law and World Order*. St. Paul: Thomson/West, 2006. Vide VON BOGDANDY, Armin, DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*. New York: International Law and Justice Working Paper 2008/3, pp. 57 e ss. Cfr. SIMMA, Bruno. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*. The European Journal of International Law, Volume 20, Number 02, 2009, pp. 265/297. Cfr. OWADA, Hisashi. *The Rule of Law in a Globalizing World – An Asian Perspective*. Washington University Global Studies Law Review, Volume 7, Number 02, 2008, pp. 187/205. Vide LORCA, Arnulf Becker. *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*. Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 2, Summer 2010, pp. 475/552. Vide UERPMANN-WITZACK, Robert. *Internetvölkerrecht*. Archiv des Völkerrechts, Volume 47, Number 3, September 2009, pp. 261/283.

A “internet” constitui-se em temática que interessa a todos os povos, é utilizada em todo o globo, os diferentes sistemas informáticos interligam-se, as diversas línguas encontram suas terminologias universais¹¹⁰.

De outra parte, os argumentos que procuram derrubar a possibilidade complementar de um Direito Mundial, Global ou de um *Universelles Völkerrecht* em nenhum momento citam o fenómeno da “internet”¹¹¹.

Os paradigmas mudaram, nós precisamos compreendê-los, formularmos novos caminhos internacionais, e resolvê-los.

Em razão desta meta, e visando solucionar as questões do direito ao bom e à reputação levantadas, é que pretendemos propor o inédito Tribunal Internacional para a “internet”, apresentado-o em seus aspectos essenciais¹¹².

e) Diretrizes de Um Tribunal Internacional para a Internet

Em todos os iniciais problemas citados, quando os interessados na utilização de um sistema jurídico para a proteção de seus Direitos procuram satisfazê-los, valem-se dos mecanismos clássicos dispostos pelo Poder Judicial.

Entretanto, deparando-se com problemáticas oriundas da “internet”, podem não encontrar respaldo efetivo dos mesmos mecanismos.

¹¹⁰ Cfr. HUNTINGTON, Samuel P. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster, 2003, pp. 59/64. Vide CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. (O Poder da Identidade – Volume II)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 63. Cfr. SCHOR, Miguel. *Mapping Comparative Judicial Review*. Washington University Global Studies Law Review, Volume 7, Number 02, 2008, p. 281.

¹¹¹ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 308 (Orientador Diogo Leite de Campos).

¹¹² Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 88 (Orientador Diogo Leite de Campos).

Nesta linha de raciocínio, a peculiar autenticidade digital dos problemas que a “internet” apresenta é, oportunamente, a pôr em agitação conceitos e soluções jurídicas que tinham imperado no Direito, desde os tempos de Westphália (1648)¹¹³.

Com efeito, a “internet” é transnacional, e uma nova comunidade internacional está se formando, havendo questões judiciais que se colocam em pauta. Dentro do referido contexto, os poderes judiciários em todo o mundo já começaram a perceber as dificuldades no exercício de sua tradicional autoridade frente a empresas internacionais, e que concentram dados, informações e publicações sem precedentes em qualquer momento da história¹¹⁴.

¹¹³ Tal afirmação é consequência do facto de que os Estados, fundados no princípio da soberania territorial e garantidores naturais da prestação jurisdicional, vem encontrando resistência desafiadora nas características que perfazem a Internet, como a sua internacionalidade, sua desterritorialidade, e que, por conseguinte, configuram ao órgão de soberania nacional relativa incapacidade em prestar a efetiva tutela jurisdicional. Estes argumentos são aprofundados no decorrer desta secção. Vide, nesta linha, como muito bem adiantou CORREIA, Miguel Pupo. *Comércio Electrónico: Forma e Segurança*. In: *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. Coimbra, 1999, p. 223/224. Cfr. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 27 e ss, e 320. Cfr. CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. (O Poder da Identidade – Volume II)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 433. Vide TRATADO DE WESTPHÁLIA DE 1648. Feito e concluído em Münster, na Westphália em 24 de Outubro de 1648.

¹¹⁴ Cfr. CALLIESS, Galf-Peter, HOFFMANN, Hermann. *Judicial Services for Global Commerce – Made in Germany?* German Law Journal, Volume 10, n.º 02, 2009, p. 115. Em complemento, para MACHADO (2006), “Hoje a comunicação é cada vez mais transfronteiriça, esbatendo o poder estadual neste domínio”. Cfr. MACHADO, Jónatas E. M., *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 184. Sobre a utilização da variante “transnacional”, devemos salientar, que as referências a este adjetivo tem, para nós em relação à Internet e ao Comércio Eletrónico, o mesmo significado e resultado prático que “internacional”, ainda que considerando as sutis diferenças entre elas, como muito bem levantado por LIMA PINHEIRO, Luís. *Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, Volume 1, 2008, p. 37.

Essencialmente, o que se deseja, além da identificação e análise da relevante problemática que se apresenta, é idealizar uma solução eficaz¹¹⁵.

Em síntese conclusiva, a idealização de um **Tribunal Internacional para a Internet** é solução que, para nós, é a de melhor técnica jurídico-internacional para a resolução de conflitos do Direito Internacional na “internet”¹¹⁶. Mas, longe de afastar outras saídas, e longe de evitar sejam elas vislumbradas.

Ademais, por fundamental, devemos destacar que a liberdade que tanto atrai as pessoas para a “internet”, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, para ser devidamente mantida precisa de certa ordenação, seja por novos meios regulatórios, seja por novos meios judiciais.

Realmente, as pessoas e empresas procuram “maiores certezas e justiça globais” nos assuntos internacionais envolvendo a “internet”.

Isto porque, ao contrário do que se imagina, para resolver, efetivamente, casos que agridam ao bom nome e a reputação, naturalmente encontraremos, entre os envolvidos, as páginas de relacionamento digital, os servidores das empresas de *e-mails*, os provedores de conteúdo (*Blogs*) e os motores de busca (Google). **Em sua maioria, estarão afastados da jurisdição brasileira ou portuguesa, in casu.**

Nesta linha de ideias, com o aumento de usuários da “internet”, e na medida em que os problemas internacionais trazidos à tona também crescem, as respostas também devem ser internacionais.

Não havendo barreiras físicas para a mobilidade *online*, as formas de controlo nacionalizadas passam a ser ignoradas.

¹¹⁵ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 88 (Orientador Diogo Leite de Campos).

¹¹⁶ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012 (Orientador Diogo Leite de Campos).

É sob tal prisma, então, que apresentamos nossas conclusões derradeiras sobre os contornos do Tribunal Internacional para a “internet”, abaixo elencados, topicamente¹¹⁷.

1. Em primeiro lugar, o Tribunal possuiria a finalidade específica de julgar os litígios de conotação internacionais relacionados à “internet” e ao Comércio Electrónico internacional.
2. Para tal, em se constituindo como uma Organização Internacional focada no julgamento de conflitos internacionais da “internet” e do Comércio Electrónico, possuiria personalidade jurídica de Direito Internacional, dotado, igualmente, da capacidade jurídica internacional necessária ao desempenho de todas as suas funções, e à plena prossecução dos seus objetivos.
3. Além da Sede do Tribunal, possuiria sedes regionais no território de qualquer dos Estados Partes. Nestes locais, além do exercício dos seus poderes e finalidades, as pessoas e empresas teriam a oportunidade de acessar o Tribunal, inclusive à distância.
4. O Tribunal deverá possuir jurisdição universal, englobando pessoas singulares, sociedades, Estados e Organizações Internacionais, com o objetivo fulcral de julgar os litígios internacionais relacionados à “internet” e ao Comércio Electrónico.
5. Contudo, os casos internacionais oriundos da “internet” e do Comércio Electrónico seriam de jurisdição do Tribunal, sempre que não devidamente apreciados, julgados ou executados anteriormente por Tribunais nacionais ou internacionais, em exercício judicial ou extrajudicial.

¹¹⁷ Cfr. FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, pp. 1/555 (Orientador Diogo Leite de Campos).

6. No entanto, caso o país, a empresa ou a pessoa deseje dirigir diretamente uma demanda internacional no Tribunal Internacional para a “internet”, isto seria possível, sem a necessidade prévia de instaurar a lide em outra instância nacional, judicial ou extrajudicial.
7. Em finalidade complementar, o Tribunal poderá ser chamado a executar decisões internacionais anteriores, que se tornaram de difícil implementação pelos países, com discussão meritória, com trânsito em julgado.
8. No mesmo sentido, os casos que exijam a cooperação de outros países ou sociedades da “internet” (como o acesso a dados e a remoção de ligações indesejáveis) podem ser intermediados pelo Tribunal, pela comunicação, solicitação de diligências e interligação entre as partes envolvidas.
9. Por fim, nesta seara, o Tribunal estaria apto a emitir pareceres sobre questões relevantes e internacionais envolvendo o Direito na “internet”.
10. O Estado-membro, ou Aderente ao Tratado instituidor, aceitará a jurisdição universal do Tribunal Internacional para a Internet, incluindo seus jurisdicionados, pessoas singulares e sociedades.
11. Para os casos em que o interessado ou demandado, empresa ou pessoa, esteja sob a jurisdição de um país não membro do Tratado, o Tribunal procederá aos trâmites para a possível aceitação do país em questão, no caso específico, bem como para todos os demais casos posteriores envolvendo o país não membro.
12. Outra possibilidade de admissão de casos no Tribunal, seria aquela resultante da aceitação de cláusula de foro, ou contrato internacional, estabelecido em termos de serviço de Web site na “internet” que estipule a jurisdição do Tribunal Internacional para a Internet.

13. Igualmente, o Tribunal julgaria demandas previstas em Tratado Internacional que estabeleça a jurisdição do Tribunal pelos países e Organizações Internacionais interessadas.
14. Com o intuito de evitar demoras judicantes nacionais, a Jurisdição do Tribunal poderia ser acionada pelo interessado que não recebesse tratamento jurídico adequado de um Estado-membro pelo período de 12 (doze) meses, contados da data de propositura da ação judicial, em caso de opção do demandante pela via nacional judicante.
15. Em consequência da dificuldade de julgamento nacional, em casos de grande repercussão internacional, o Tribunal poderá exercer sua jurisdição.
16. De outra parte, destaca-se, que o Tribunal utilizaria como fontes legais, desde o Tratado Internacional instituidor do Tribunal Internacional para a Internet, até os Tratados Internacionais relacionados à “internet”, ao Comércio Electrónico e a Sociedade da Informação, quando aplicáveis, internacionais ou europeus.
17. Em se constatando a ausência ou inaplicabilidade das fontes internacionais anteriores, o Tribunal utilizaria o Direito escolhido pelas partes resultantes da aplicação de um contrato internacional, ou de termos de serviço de *Web sites* na “internet”, desde que compatíveis com o Tratado do Tribunal Internacional para a Internet.
18. Na mesma ordem de ideias, de modo subsidiário e complementar, o Tribunal recorreria aos Tratados Internacionais em geral, aos Costumes Internacionais, aos Princípios de Direito Internacional, aos Princípios de Direito na “internet”, a Jurisprudência Internacional, e a Doutrina dos publicistas e acadêmicos de Direito Internacional e da “internet”, quando aplicáveis.
19. Finalmente nesta sede, pela ausência ou inaplicabilidade de todas as fontes internacionais acima alinhavadas, o Tribunal

poderia socorrer-se pela utilização do Direito interno das jurisdições envolvidas, relacionado à Sociedade da Informação, à “internet”, e ao Comércio Eletrônico, priorizando o Direito nacional da vítima do processo em questão, e sempre que a legislação não seja incompatível com as finalidades do Tratado do Tribunal Internacional para a “internet”, nem com as fontes do Direito Internacional.

20. Para que exista uma atividade judicante internacional eficaz, o Tribunal deverá ser composto por uma Assembleia Geral, por uma Secretaria Geral, por uma Câmara de Procuradores, por Advogados Internacionais, por Diplomatas a serviço do Tribunal, e por uma Câmara de Julgadores. Cada um destes órgãos seria fundamental para a plena execução das tarefas atinentes ao Tribunal.
21. Outro ponto fundamental ao Tribunal, seria o de seu Regulamento Processual, pautado pelas inovações judiciais, com adoção de todos os meios e condições tecnológicas adequadas para os operadores do Tribunal exercerem suas funções de maneira célere e internacionalmente eficaz.
22. As fases processuais seriam iniciadas pela Investigação Internacional, passando-se à Apresentação da Ação e consequente Contestação Internacional. Em sendo necessário, provas adicionais, poderiam ser apresentadas, buscando-se a cooperação das sociedades da “internet”, dos países e Organizações Internacionais. O Julgamento e a Decisão terminariam a fase judicante inicial, podendo-se recorrer uma única vez. De qualquer sorte, com recurso ou não, a fase executória encerraria as demandas no Tribunal.
33. Com efeito associativo, o Tratado estaria aberto às sociedades da “internet” e do Comércio Eletrônico internacional, buscando-se um regime de cooperação.
35. Para realizações dos trabalhos judicantes a Língua inglesa seria o idioma autêntico, assegurando-se a tradução ao Chinês,

ao Espanhol, ao Japonês, ao Francês, a Língua Portuguesa, ao Alemão, ao Árabe, ao Russo e ao Coreano.

36. Todas estas localidades do Tribunal deverão ser beneficiadas pelos privilégios e imunidades garantidos às embaixadas de qualquer soberania, e sedes de Organização Internacional, bem como aos Servidores, Juizes, Procuradores, Diplomatas e Advogados Internacionais. Da mesma forma deverá ser o tratamento aos aparatos tecnológicos, incluindo as redes de comunicação do Tribunal e de seus órgãos, que deverão receber tratamento similar aos acima referidos, com inviolabilidade e imunidade jurisdicional absoluta.

Por tudo o quanto analisado e idealizado, derradeiramente devemos concluir que os múltiplos usos da “internet” têm apresentado diversos desafios, judiciais e legislativos, que merecem a dedicação científica e acadêmica.

A verdadeira incorporação dos referidos desafios, que procuramos trazer ao longo do trabalho, apresenta a necessidade de respostas e soluções hábeis a lidar com a complexidade evidenciada.

O bom nome e a reputação merecem, também, sua preservação na “internet”.

Foi o que buscamos ao delinear os contornos de um inovador Tribunal Internacional para a Internet, que pudesse, igualmente, julgar litígios desta natureza.

Bibliografia

ABELSON, Harold, LEDEEN, K, LEWIS, Harry. *Blown to Bits: your life, liberty, and happiness after the Digital explosion*. Boston: Addison-Wesley, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2008.

- BÚRCA, Gráinne de. *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*. Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 1, Winter 2010.
- CAHIR, John. *Understanding Information Laws: A Sociological Approach*. The Journal of Information, Law and Technology, (3), 2002.
- CALLIESS, Graf-Peter, HOFFMANN, Hermann. *Judicial Services for Global Commerce – Made in Germany?* German Law Journal, Volume 10, n.º 02, 2009.
- CAPELO DE SOUSA, R. *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Almedina, 1995.
- CARR, Nicholas G. *The Big Switch: Rewiring the World, from Edison to Google*. New York: Norton & Company, 2008.
- CASELLA, Paulo Borba, ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASSESE, Sabino. *Regulation, Adjudication and Dispute Resolution Beyond the State*. Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Fall, 2008.
- CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. (O Poder da Identidade- Volume II)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- CAVANNA, Emanuele. *Diffamazione e Internet: la necessità di una normativa specifica*. in MINOTTI, Daniele. *Diritto e Società dell'informazione. Riflessioni su informatica giuridica e Diritto dell'informatica*. Milano: Nyberg, 2005.
- CERF, Vinton. *The Scope of Internet Governance*. In: KLEINWÄCHTER, Wolfgang, DORIA, Avri. *Internet Governance Forum (IGF). The First Two Years*. Paris: UNESCO, 2010.

- CHAIKIN, David. *Network investigations of cyber attacks: the limits of digital evidence*. Springer Netherlands. Crime, Law and Social Change, Volume 46, Numbers 4-5, 2006.
- CLAPHAM, Andrew. *The Role of the Individual in International Law*. The European Journal of International Law, Volume 21, Number 01, 2010.
- CORREIA, Miguel Pupo. *Comércio Electrónico: Forma e Segurança*. In: *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. Coimbra, 1999.
- COTTA, Sergio. *L'attuale ambiguità dei diritti fondamentali*, Riv. dir. civ., 1977.
- COUNCIL OF EUROPE. *Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*. Disponível em: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=189&CM=8&DF=07/04/2010&CL=GER> .
- COUNCIL OF EUROPE. *Convention on Cybercrime*. Disponível em: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=07/04/2010&CL=GER> .
- DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT. *Online Social Networks-Research Report*. London: Clicks and Links, 2008.
- DICKERSON, **Nicholas**. *What Makes the Internet So Special? And Why, Where, How, and by Whom Should Its Content Be Regulated?* Houston Law Review, Volume 46, Number 1, 2009.
- DIRETIVA 2002/58/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Diretiva “Privacidade e Comunicações Electrónicas”), transposta em Portugal pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto.
- DIRETIVA 95/46/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 24 de Outubro de 1995, dedicada à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação dos mesmos.

- DRAETTA, Ugo. *Internet et Commerce Électronique en Droit International des affaires*. Paris: Forum Européen de la Communication, 2003.
- DUTTON, Willian, HELSPER, Ellen, GERBER, Monica. *The Internet in Britain 2009*. Oxford: Oxford Internet Institute, 2009.
- ECO, U, *Apocalittici e integrati*, Bompiano. Milano, 3ª ed., 1982.
- FORTE, Bruno, *Trinità come Storia*, Milano, 1985.
- FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *The scientific research and the Internet*. Bauru: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n.º 34, 2002.
- FREIRE E ALMEIDA, Daniel. *Um Tribunal Internacional para a Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. (Orientador Diogo Leite de Campos).
- FRIEDMAN, Thomas L. *The World is Flat*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2005.
- GERCKE, Marco. *Europe’s legal approaches to cybercrime*. Heidelberg: Springer, ERA-Forum, Volume 10, Number 3, 2009.
- GOOGLE. *Google Terms of Service*. Disponível em: <http://www.google.com/intl/en/policies/terms/>.
- GOOGLE. *Transparency Report*. Disponível em: <http://www.google.com/transparencyreport/map/> .
- GRIFFITHS, Mary. *e-Citizens: Blogging as Democratic Practice*. Electronic Journal of e-Government, Vol. 2, Issue 3, 2004, Disponível em: <http://www.ejeg.com/volume-2/volume2-issue3/v2-i3-art2-griffiths.pdf>.
- HOPKINS, Shannon. *Cybercrime Convention: A Positive Beginning to a Long Road Ahead*. The Journal of High Technology Law, Volume II, n.º 1, 2003.
- HUEY, Laura, ROSENBERG, Richard. *Watching the Web: Thoughts on Expanding Police Surveillance Opportunities Under the Cyber-Crime Convention*. Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, Volume 46, n.º 05, 2004.

- HUNTINGTON, Samuel P. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster, 2003.
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION- ITU. *Digital.life*. Genebra: ITU, 2006.
- JELEMBI, Armindo Gidrão K., *Responsabilidade civil por danos causados à pessoa pela actividade da comunicação socia*. Huambo, 2007.
- KASTO, Jalil. *New International Order and International Law After the Millennium*. London: International Law Series n.º 07, 2002.
- KHOR, Zoe, MARSH, Peter. *Life online: The Web in 2020*. Oxford: The Social Issues Research Centre, 2006.
- KONDO, LeRoy. *Untangling The Tangled Web: Federal Court Reform Through Specialization For Internet Law And Other High Technology Cases*. UCLA Journal of Law & Technology, 2002.
- KROES, Quinten. *E-Business Law of the European Union*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- KUMAR, Manish. *Constitutionalizing Email Privacy by Informational Access*. Minnesota journal of law, science & technology, Volume 9, issue 1, 2008.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *A Internet e o Princípio da Territorialidade dos Impostos*. Lisboa: Revista da Ordem dos Advogados, ano 58, 1998.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 2008.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direito da Personalidade*, Universidade federal do Rio de Janeiro (policop.), Set. 1992.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *NÓS- Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *O direito em nós*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Set./Dez., p. 555-573, 2008.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Prefácio*. In: GOMES, Fabio Luiz. *Direito Internacional. Perspectivas Contemporâneas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Relações de Associação*. Coimbra: Almedina, 2011.
- LESSIG, Lawrence. *Code. Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.
- LIMA PINHEIRO, Luís. *Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, Volume 1, 2008.
- LIPARI, N. *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, Riv. dir. civ, 1986, I.
- LORCA, Arnulf Becker. *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*. Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 2, Summer 2010.
- LOUDENSLAGER, Michael. *Allowing Another Policeman on the Information Superhighway: State Interests and Federalism on the Internet in the Face of the Dormant Commerce Clause*. B.Y.U. Journal of Public Law, Volume XVII, 2003.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson-Aranzadi, s.d.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Coimbra, 2007.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.º Volume, 2004.
- MÖLLER, Christian, AMOUROUX, Arnaud. *Governing the Internet. Freedom and Regulation in the OSCE Region*. Viena: Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), 2010.
- MORRISON, Caren Myers. *Privacy, Accountability, and the Cooperating Defendant: Towards a New Role for Internet Access to Court Records*. Vanderbilt Law Review, Volume 62, 2009.
- NATIONAL WHITE COLLAR CRIME CENTER. *2009 Internet Crime Report*. Glen Allen: National White Collar Crime Center, 2010.
- O’NEIL, Robert M. *The first commandment and civil liability*, 2001.

- OGIEN, Ruwen. *L'éthique aujourd'hui, Maximalistes et minimalistes*, Folio essais, inédit, Gallimard, Paris, 2007.
- ONLINE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF DIGITAL TRADE (OPEN) ACT. Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3782ih/pdf/BILLS-112hr3782ih.pdf>.
- OWADA, Hisashi. *The Rule of Law in a Globalizing World – An Asian Perspective*. Washington University Global Studies Law Review, Volume 7, Number 02, 2008.
- PALFREY, John, GASSER, Urs. *Born Digital. Understanding the First Generation of Digital Natives*. New York: Basic Books, 2008.
- PROTECT IP ACT OF 2011- PIPA. Disponível em: <http://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>.
- RABINOVICH-EINY, Orna. *Beyond Efficiency: The Transformation of Courts Through Technology*. UCLA Journal of Law & Technology, Volume 12, n.º 01, 2008.
- RENNINGER, Ann, SHUMAR, Wesley. *Building virtual communities: learning and change in cyberspace*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- RÖBEN, Volker. *The Enforcement Authority of International Institutions*. In: GOLDMANN, Matthias VON BOGDANDY, Armin, WOLFRUM, Rüdiger, VON BERNSTORFF, Jochen, DANN, Philipp. *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional law*. Heidelberg: Springer, 2010.
- ROBERTS, Paul. *Comparative Criminal Justice Goes Global*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 28, Number 02, 2008.
- RUNDLE, Mary. *Beyond Internet Governance: The Emerging International Framework for Governing the Networked World*. Harvard Law School, Berkman Center Research Publication N.º 2005-16, 2005.
- SALACUSE, Jeswald. *The Emerging Global Regime for Investment*. Harvard International Law Journal, Volume 51, Number 2, Summer 2010.
- SCHOR, Miguel. *Mapping Comparative Judicial Review*. Washington University Global Studies Law Review, Volume 7, Number 02, 2008.

- SIMMA, Bruno. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*. The European Journal of International Law, Volume 20, Number 02, 2009.
- SMITH, Robert Ellès, *Ben Franklin's Web site: Privacy and curiosity from Plymouth Rock to the internet*, 2000.
- SOLOVE, Daniel J. *The future of reputation, Gossip, rumor and privacy in the internet*, Yale University Press, New Haven and London, s.d., 2007.
- STOP ONLINE PIRACY ACT- SOPA. Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3261ih/pdf/BILLS-112hr3261ih.pdf>.
- SWIRE, Peter. *Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet*. University of Pennsylvania Law Review, Volume 153, n.º 06.
- TRATADO DE WESTPHÁLIA DE 1648. Feito e concluído em Münster, na Westphália em 24 de Outubro de 1648.
- UERPMANN-WITZACK, Robert. *Internetvölkerrecht*. Archiv des Völkerrechts, Volume 47, Number 3, September 2009.
- UERPMANN-WITZACK, Robert. *Principles of International Internet Law*. German Law Journal, Volume 11, n.º 11, 2010.
- UNITED NATIONS. *Internet Governance: Challenges and Opportunities for the ESCWA Member Countries*. New York: ESCWA, 2009.
- VILLELA, João Baptista Villela. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*, Superior Tribunal da Justiça, Doutrina, Edição comemorativa, 20 anos, 2009.
- VON BOGDANDY, Armin, DELLAVALLE, Sergio. *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*. New York: International Law and Justice Working Paper 2008/3.
- WALD, Arnaldo. *Prefácio*. In CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, Prefácio.
- WARREN, D., BRANDEIS, L. *The right to privacy*. Harvard Law Review, 4, 1890.
- WESTON, Burns, FALK, Richard, CHARLESWORTH, Hilary, STRAUSS, Andrew. *International Law and World Order*. St. Paul: Thomson/West, 2006.



Fundamentos constitucionais do meio @ambiente digit@l¹ no direito brasileiro em face da sociedade da informação

CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO²

¹ O símbolo @, chamado *arroba* em português e utilizado nos endereços eletrônicos, foi convertido no **emblema do mundo digital (grifos nossos)** conforme explica a Enciclopédia do Estudante.

“Na Idade Média, os copistas medievais já o utilizavam como abreviatura da preposição latina *ad* (que significa “a”, “em”, “para”). Posteriormente, a cultura anglo-saxônica o utilizou para referir-se aos preços das coisas: @\$5 significava “cinco dólares”.

Nos primeiros sistemas de correio eletrônico empregou-se essa abreviatura porque é facilmente reconhecível, pois já se usava na informática em razão de seu caráter comercial, e, sobretudo, porque respondia ao outro sentido de *ad* (at em inglês): “em”. No Brasil a palavra “arroba” ainda é utilizada como uma das unidades de medida de peso de produtos agropecuários, equivalente a 15 kg”. Vide Enciclopédia do Estudante, 08 Redação e Comunicação, Moderna, 1^a edição, 2008, p. 161.

² Coordenador e professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Sociedade da Informação (Mestrado) do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU bem como do Curso de Especialização em Direito Ambiental Empresarial do mesmo Centro Universitário. Professor do Curso de Mestrado Interdisciplinar em Saúde Ambiental da FMU. Livre-Docente em Direito Ambiental pela PUC/SP. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Presidente e Coordenador da Revista Brasileira de Direito Ambiental, da Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão, da Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo e da Revista da Academia Paulista de Direito (Brasil) e membro convidado do Conselho Editorial da *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (Espanha). Integrante do Comitato Científico do periódico *Materiali e Studi di Diritto Pubblico da Seconda Università Degli Studi Di Napoli*, bem como, do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens

1. A pessoa humana como destinatária do direito ambiental brasileiro

A Constituição Federal de 1988, conforme amplamente mencionado em nossas obras³, ao estabelecer em seus princípios fundamentais a **dignidade da pessoa humana**⁴ (art. 1.º, III) como fundamento

Comuns, com sede em Paris (*Institut International d Etudes et de Recherches sur les Biens Communs*) e Roma (*Istituto Internazionale di Ricerca sui Beni Comuni*).

³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco: 1-) **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012; 2-) **Estatuto da Cidade comentado – Lei 10.257/01 – Lei do meio ambiente artificial**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012; 3-) **Princípios do direito processual ambiental – A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; 4-) **Curso de direito da energia – Tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares, do vento e do sol**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012; 5-) **Biodiversidade, Patrimônio Genético e Biotecnologia no Direito Ambiental** 1ª edição – 2012; 6-) **Crimes Ambientais**, São Paulo, Saraiva, 2012; 7-) **Licenciamento Ambiental**, São Paulo, Saraiva, 2011; 8-) **Direito ambiental tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; 9-) **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Ed. Fiúza, 2009 (Clássicos do Direito Ambiental, vol. 1); 10-) **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. Coord. Celso Antonio Pacheco Fiorillo. São Paulo, Ed. Fiúza, 2005/2006/2007/2008/2009/2010/2011/2012; 11-) **Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo**. Coord. Rogério Donnini e Celso Antonio Pacheco Fiorillo. São Paulo, Ed. Fiúza, 2009/2010/2011/2012; 12-) **Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão**, São Paulo, Editora Fiúza, 2011/2012.

⁴ “Uma Constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos da sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma **premissa antropológico-cultural (grifos nossos)**. Respeito e dignidade da pessoa humana como dever (jurídico) fundamental do Estado Constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional.

destinado a interpretar todo o sistema constitucional, **adotou visão** (necessariamente com reflexos em toda a legislação infraconstitucional – nela incluída toda a legislação ambiental) **explicitamente antropocêntrica**, atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no País (arts. 1.º, I, e 5.º da Carta Magna) uma posição de centralidade em relação ao nosso sistema de direito positivo.

De acordo com esta visão do direito positivo constitucional brasileiro, temos que **o direito ao meio ambiente é voltado para a satisfação das necessidades humanas**. Todavia, aludido fato, de forma alguma, impede que ele proteja a vida em todas as suas formas, conforme determina o art. 3.º da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), cujo conceito de meio ambiente foi, a nosso ver, inteiramente recepcionado⁵.

Se a Política Nacional do Meio Ambiente protege a vida em todas as suas formas, e não é só o homem que possui vida, então todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo direito ambiental, sendo certo que um bem, *ainda que não seja vivo*, pode ser ambiental, na medida que possa ser essencial à sadia qualidade de vida de outrem, em face do que determina o art. 225.º da Constituição Federal (bem material ou mesmo imaterial).

De qualquer sorte, a dignidade humana, como tal, é resistente à ponderação, razão pela qual vale uma proibição absoluta de tortura”.

Peter Häberle, **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**, Sarlet, *Dimensões*, pp. 128/129, citado por Nelson Nery Junior/Rosa de Maria Andrade in *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, 2ª edição, 2009, p. 146, Editora revista dos Tribunais.

“**O Estado Constitucional realiza a dignidade humana fazendo dos cidadãos sujeitos de sua atuação (grifos nossos)**. Neste sentido, a dignidade humana é a biografia desenvolvida e em desenvolvimento da relação entre cidadãos e o Estado (com o desaparecimento da separação entre Estado e sociedade)”. Häberle, *Estado constitucional*, parágrafo 63, p. 291, citado por Nelson Nery Junior/Rosa de Maria Andrade in *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, 2ª edição, 2009, p. 146, Editora Revista dos Tribunais.

⁵ Cf. nosso Curso de Direito Ambiental Brasileiro, 13ª edição ampliada, Editora Saraiva 2012, *passim*.

Dessa forma, a vida que não seja humana só poderá ser tutelada pelo direito ambiental na medida em que sua existência implique garantia da sadia qualidade de vida da pessoa humana, uma vez que numa sociedade organizada esta é a destinatária de toda e qualquer norma.

Vale ressaltar nesse sentido o Princípio n. 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992:

“Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

Na verdade, o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria.

Destarte cabe observar que o art. 225.º da Constituição Federal de 1988 busca estabelecer, no mundo do dever-ser, um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a sadia qualidade de vida fundamentalmente da pessoa humana sendo adequado afirmar em face de nosso direito positivo que não só existe uma visão antropocêntrica do meio ambiente em sede constitucional, mas também uma indissociável relação econômica do bem ambiental com o lucro que pode gerar, bem como com a sobrevivência do próprio meio ambiente (art. 1.º, IV c/c art. 170, VI da CF).

Efetivamente a vida humana só será possível com a permanência dessa visão antropocêntrica – o que, obviamente, não permite exageros –, visto que, como o próprio nome já diz, ecossistema engloba os seres e suas interações positivas em um determinado espaço físico.

2. Definição legal de meio ambiente

Feita uma análise inicial do direito ambiental na Constituição Federal de 1988, trataremos de conceituá-lo em face do direito positivo em vigor.

Primeiramente, verificando a própria terminologia empregada, extraímos que **meio ambiente relaciona-se** não só a tudo aquilo que nos circunda, mas principalmente **em face de uma premissa antropológico-cultural diretamente relacionada à pessoa humana (dignidade da pessoa humana)**.

O legislador infraconstitucional tratou de definir o meio ambiente, conforme se verifica no art. 3.º, I, da Lei n. 6.938/81 (a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente):

“Art. 3.º Para os fins previstos nesta Lei entende-se por:
I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Em face da sistematização dada pela Constituição Federal de 1988, podemos tranquilamente afirmar que o conceito de meio ambiente dado pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente *foi recepcionado*. Isso porque a Carta Magna de 1988 buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas principalmente em face do que estabelece o art. 1.º, III, também o patrimônio genético, o meio artificial, o meio ambiente do trabalho e **principalmente, em face da já citada premissa antropológico-cultural, o meio ambiente cultural**.

Com isso, conclui-se que a definição jurídica de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um *conceito jurídico indeterminado*, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma.

3. Classificação didática do meio ambiente em face do sistema contitucional em vigor

Como acima foi dito, o termo *meio ambiente* é um conceito jurídico indeterminado, cabendo, dessa forma, ao intérprete o

preenchimento do seu conteúdo. Assim, passaremos a classificar seus aspectos.

Primeiramente, cumpre frisar que é unitário o conceito de meio ambiente, porquanto todo este é regido por inúmeros princípios, diretrizes e objetivos observados na Constituição Federal e que evidentemente compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. Não se busca estabelecer divisões estanques, isolantes, até mesmo porque isso seria um empecilho à aplicação da efetiva tutela.

A divisão do meio ambiente em aspectos que o compõem *busca facilitar* a identificação da *atividade* degradante e do *bem imediatamente agredido*. **Não se pode perder de vista que o direito ambiental tem como objeto maior tutelar a vida saudável da pessoa humana**, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados. E com isso encontramos no direito ambiental constitucional brasileiro no século XXI **pelos menos cinco significativos aspectos**:

- 1-) patrimônio genético,
- 2-) meio ambiente cultural,
- 3-) meio ambiente artificial,
- 4-) meio ambiente do trabalho e
- 5-) meio ambiente natural.

Cabe indicar uma breve análise acerca de cada um dos aspectos antes mencionados. Senão vejamos.

3.1. O patrimônio genético

3.1.1. O patrimônio genético (art. 225, § 1.º, II e V) como direito tutelado pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal

Conforme já tivemos a oportunidade de aduzir em nossas obras, o patrimônio genético brasileiro passou a receber tratamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, em face do que estabelece o art. 225, § 1.º, II e V, observando-se dessarte a proteção constitucional

vinculada não só à vida humana, mas à vida em todas as suas formas, sempre em função da sadia qualidade de vida da pessoa humana (a mulher e o homem), revelando uma vez mais a clara posição antropocêntrica da Carta Magna.

O direito de agir, garantido pelo art. 5.º, XXXV, assegura por via de conseqüência a possibilidade de submeter à apreciação do Poder Judiciário toda e qualquer lesão ou mesmo ameaça ao denominado patrimônio genético no âmbito constitucional.

O patrimônio genético merece proteção jurídica em face de relacionar-se à possibilidade trazida pela engenharia genética de utilização de gametas conservados em bancos genéticos para a construção de seres vivos, possibilitando a criação e o desenvolvimento de uma unidade viva sempre que houver interesse. Daí, em decorrência do evidente impacto da engenharia genética na pecuária, na avicultura, na agricultura etc., o entendimento constitucional de organizar as relações jurídicas advindas da complexidade de aludido tema.

O patrimônio genético tem assegurada sua proteção infraconstitucional não só em face da *Lei n. 11.105/2005*, que define a tutela jurídica dos mais importantes materiais genéticos vinculados à tutela constitucional, como em decorrência da *Lei n. 9.985/2000* e da *Medida Provisória n. 2.186-16/2001*²⁴, que dispõe sobre direitos e obrigações relativos ao patrimônio genético existente no Brasil (*que não se aplica ao patrimônio genético humano*, diante do que estabelece seu art. 3.º) considerado como “informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de *espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal*, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo dos seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *em situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva” (art. 7.º, I – grifos nossos).

Visando à tutela constitucional de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal é que foi observada a tutela jurisdicional judicial ante qualquer ameaça ou lesão ao patrimônio genético brasileiro.

3.1.2. O patrimônio genético da pessoa humana (arts. 5.º e 225, § 1.º, II e V) como direito tutelado pelo art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal: a tutela jurídica do ADN e do ARN

O direito de agir garantido pelo art. 5.º, XXXV, assegura a possibilidade de submeter à apreciação do Poder Judiciário toda e qualquer lesão ou mesmo ameaça ao denominado patrimônio genético da pessoa humana no âmbito constitucional brasileiro.

O patrimônio genético da pessoa humana tem proteção ambiental constitucional observada em face do que determina o art. 225.º, § 1.º, II e V, iluminada pelo art. 1.º, III, da Carta Magna, sendo certo que a matéria foi devidamente regulamentada pela Lei n. 11.105/2005, que define no âmbito infraconstitucional a tutela jurídica dos mais importantes materiais genéticos vinculados à pessoa humana.

De qualquer forma, cabe destacar que o direito ambiental constitucional, no que se refere ao patrimônio genético da pessoa humana, assegura a tutela jurídica não só individual das pessoas – como o direito às informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência – abarcadas pela Carta Magna mas particularmente do **povo brasileiro**, observado em sua dimensão metaindividual, analisado nos dias de hoje por meio das novas “ferramentas” científicas desenvolvidas em proveito da tutela dos **grupos participantes do processo civilizatório nacional**.

É exatamente em defesa da “exuberante diversidade genética de nosso povo”, na feliz expressão de Sérgio D. J. Pena, que restou assegurada a tutela jurisdicional judicial ante qualquer ameaça ou mesmo lesão ao patrimônio genético da pessoa humana em nosso país.

3.2. Meio ambiente cultural

O conceito de meio ambiente cultural vem previsto no art. 216.º da Constituição Federal, que o delimita da seguinte forma:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil.

Destarte, ao cuidar do denominado processo civilizatório nacional, o meio ambiente cultural destaca de que forma os diferentes grupos de pessoas humanas formadores da sociedade brasileira desenvolveram, desenvolvem e vão desenvolver suas formas de expressão assim como modos de criar, fazer e viver (art. 215.º da Constituição Federal).

3.3. Meio ambiente artificial

O meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de

espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto).

Este aspecto do meio ambiente está diretamente relacionado ao *conceito de cidade*. Vale verificar que o vocábulo “urbano”, do latim *urbs, urbis*, significa cidade e, por extensão, seus habitantes. Não está empregado em contraste com o termo *campo* ou *rural*, porquanto qualifica algo que se refere a *todos os espaços habitáveis*, “não se opondo a rural, conceito que nele se contém: possui, pois, uma natureza ligada ao conceito de território”.

O meio ambiente artificial recebe tratamento constitucional não apenas no art. 225.º, mas também nos arts. 182.º, ao iniciar o capítulo referente à política urbana; 21, XX, que prevê a competência material da União Federal de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; 5.º, XXIII, entre alguns outros.

A proteção conferida ao meio ambiente artificial, não só em face da Constituição Federal de 1988 como em decorrência da mais importante norma vinculada ao Meio Ambiente Artificial, que é o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) tem merecido de nossa parte comentários aprofundados no sentido de destacar as necessidades da pessoa humana no local em que concretamente vive em face da ordem econômica do capitalismo⁶.

3.4. Meio Ambiente do trabalho

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que

⁶ Cf. nosso Estatuto da Cidade Comentado Lei 10257/01 Lei do Meio Ambiente Artificial, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012

ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).

Caracteriza-se pelo complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da **saúde** e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam.

O meio ambiente do trabalho recebe tutela imediata pela Carta Constitucional no seu art. 200.º, VIII, ao prever que:

“Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Por outro lado, a redução dos riscos inerentes ao trabalho vinculado aos trabalhadores urbanos e rurais por meio de normas de saúde, higiene e segurança também passou a ser tutelada no âmbito de nossa Carta Magna conforme observamos:

“Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Assim como em todos os outros casos, a tutela *mediata* do meio ambiente do trabalho concentra-se no *caput* do art. 225.º da Constituição Federal.

Importante verificar que a proteção do direito do trabalho é *distinta* da assegurada ao **meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente onde desenvolve suas atividades**. O direito do trabalho, por sua vez, é o conjunto de normas jurídicas que disciplina as relações jurídicas entre empregado e empregador.

3.5. Meio ambiente natural

O meio ambiente natural ou físico é constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem.

O meio ambiente natural é mediatamente tutelado pelo *caput* do art. 225.º da Constituição Federal e imediatamente, v. g., pelo § 1.º, I, III e VII, desse mesmo artigo:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

(...)

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

(...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

4. Meio ambiente cultural em face da sociedade da informação

4.1. Meio ambiente e patrimônio cultural

Como já indicado anteriormente, o meio ambiente possui, pelo seu próprio conceito desenvolvido na Lei n. 6.938/81, integrado ao art. 225.º da Constituição Federal, uma conotação multifacetária, porquanto o objeto de proteção verifica-se em pelo menos cinco aspectos distintos, os quais preenchem o conceito da sadia qualidade de vida da pessoa humana.

Ao se tutelar o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado com a qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo. Vejamos o seu conceito.

4.2. Conceito de patrimônio cultural

Um dos primeiros conceitos de patrimônio cultural foi trazido pelo art. 1.º do Decreto-Lei n. 25/37, que determinava constituir patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, quer por vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

A Constituição Federal de 1988 trouxe contudo, em seu art. 216.º o conceito para patrimônio cultural destinado a ser interpretado de maneira impositiva, a saber:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

- II – os modos de criar, fazer e viver;
- III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico”.

Como se pode observar, a Constituição não faz restrição a qualquer tipo de bem, de modo que podem ser materiais ou imateriais, singulares ou coletivos, móveis ou imóveis. Além disso, são passíveis de proteção, independentemente do fato de terem sido criados por intervenção humana.

Para que um bem seja considerado como patrimônio histórico é necessária a *existência de nexu vinculante* com a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Além disso, deve ser ressaltado que o art. 216.º não constitui rol taxativo de elementos, porquanto se utiliza da expressão *nos quais se incluem*, admitindo que outros possam existir.

4.3. Natureza jurídica do patrimônio cultural e seus reflexos na comunicação social (art. 220.º da Constituição Federal): o meio ambiente digital

Todo bem referente à nossa cultura, identidade, memória etc., uma vez reconhecido como patrimônio cultural, integra a categoria de bem ambiental e, em decorrência disso, difuso.

Ademais, além de restar evidente no plano jurídico constitucional, conforme indicado anteriormente, que **as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver integram o conceito jurídico constitucional de patrimônio cultural**, deve-se também verificar que os arts. 215, *caput*, e 215, parágrafo 1.º, ambos da Constituição Federal de 1988, determinam que:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Parágrafo 1.º – O Estado protegerá as **manifestações das culturas populares**, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Assim, ao estabelecer como dever do Poder Público, *com a colaboração da comunidade*, preservar o patrimônio cultural, a Constituição Federal ratifica a natureza jurídica de bem difuso, porquanto este é de uso comum de *todos*. Um uso preenchido pelos elementos de fruição (uso e gozo do bem objeto do direito) sem comprometimento de sua integridade, para que outros titulares, inclusive os de gerações vindouras, possam também exercer com plenitude o mesmo direito (art. 225.º da CF).

Daí ficar bem caracterizado que as formas de expressão assim como manifestações das culturas populares bem como dos grupos participantes de nosso processo civilizatório nacional estão tuteladas pelo meio ambiente cultural no plano constitucional, a saber, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a **informação** sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220.º da CF) nada mais refletem que as formas, os processos e veículos usados pela pessoa humana, em face de seu atual estágio cultural (processo civilizatório nacional em que se encontram) destinada a satisfazer suas necessidades dentro de um padrão cultural vinculado à sua dignidade (art. 1.º, III da CF) em face da ordem jurídica do capitalismo (art. 1.º, IV da CF) e adaptadas à tutela jurídica do meio ambiente cultural (arts. 215.º e 216.º da CF).

O meio ambiente cultural por via de consequência se revela no século XXI em nosso País exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores de um novo processo

civilizatório adaptado necessariamente à sociedade da informação, a saber, de uma nova forma de se viver relacionada a uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os videogames, a Internet, as comunicações através de ligações de telefones fixos e celulares⁷, etc. moldam uma “nova vida” reveladora de uma nova faceta do meio ambiente cultural, a saber: **o meio ambiente digital.**

⁷ Conforme matéria do jornalista Ethevaldo Siqueira (Jornal O Estado de São Paulo, B14, Economia, 16/5/2010) o Brasil de julho de 1998 tinha média de 14 telefones para cada 100 habitantes sendo certo que hoje tem 124; no dia da privatização (29/7/1998) o Brasil tinha 24,5 milhões de telefones sendo certo que hoje tem 224 milhões; há 12 anos o Brasil tinha 5,2 milhões de celulares sendo certo que hoje tem 180 milhões. Vale lembrar que o portal do IBGE na internet (www.ibge.gov.br) indicava no dia 02 de junho de 2010 o número 193.012.250 de habitantes na República Federativa do Brasil.

5. Sociedade da informação⁸ e meio ambiente digital

⁸ Conforme explica a Enciclopédia do Estudante, uma das formas de apresentação de “uma pessoa, uma corporação, ou uma empresa ou ainda uma instituição na chamada sociedade da informação é por meio da criação de **páginas da web**. Trata-se de uma página eletrônica de informação utilizada na internet”, a saber, “**uma página web é qualquer arquivo de informação ao qual se tem acesso através da World Wide Web (www), ou rede mundial**, e que contém basicamente texto e imagem, além de outros elementos de multimídia, como som e animação, por exemplo. Elabora-se essa página empregando a linguagem chamada HTML (*hyper text markup language*, linguagem de marcação de hipertexto). Nas páginas da web não há interação explícita entre quem emite e quem recebe a informação, mas sempre há alguma forma do visitante da página possa entrar em contato com seus criadores”.

Destarte, **no plano jurídico**, estamos diante de hipótese didática que envolve os denominados **interesses difusos e coletivos (art. 129.º, III da CF)**, a saber:

1-) DIREITOS DIFUSOS

A Lei n. 8.078/90, em seu art. 81.º, parágrafo único, I, trouxe um conceito legal, ao estabelecer que:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Por conta do aludido preceito, o direito difuso apresenta-se como um direito *transindividual*, tendo um objeto *indivisível*, titularidade *indeterminada* e interligada por *circunstâncias de fato*.

1.1. Transindividualidade

O citado art. 81.º da Lei n. 8.078/90, ao preceituar que os interesses ou direitos difusos são transindividuais, objetivou defini-los como aqueles que transcendem o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual. Como bem ensina Rodolfo de Camargo Mancuso, são os “interesses que deparam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva”.

1.2. Indivisibilidade

O direito difuso possui a natureza de ser indivisível. Não há como cindi-lo. Trata-se de um objeto que, ao mesmo tempo, a todos pertence, mas ninguém em específico o possui. Um típico exemplo é o ar atmosférico. É uma “espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força,

a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”, conforme ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira.

1.3. Titulares indeterminados e interligados por circunstâncias de fato

Os interesses ou direitos difusos possuem titulares indeterminados. Ao pensarmos no ar atmosférico poluído, não temos como precisar quais são os indivíduos afetados por ele. Talvez seja possível apenas delimitar um provável espaço físico que estaria sendo abrangido pela poluição atmosférica, todavia, seria inviável determinar todos os indivíduos afetados e expostos a seus malefícios. Nesse contexto, temos que os titulares estão interligados por uma circunstância fática. Inexiste uma relação jurídica. Experimentam a mesma condição por conta dessa circunstância fática, que, no nosso exemplo, é a poluição atmosférica. Como salientava Celso Bastos, trata-se da “descoincidência” do interesse difuso com o interesse de uma determinada pessoa, abrangendo na verdade “toda uma categoria de indivíduos unificados por possuírem um denominador fático qualquer em comum”.

O Supremo Tribunal Federal, bem como o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em manifestações didáticas, elucidaram de forma clara a concepção de direitos difusos em conformidade com nosso posicionamento, bem como o do Prof. Dr. Nelson Nery Junior, exatamente no sentido descrito por nossas obras.

2-) Direitos coletivos “*Stricto sensu*”

Os direitos coletivos *stricto sensu* possuem definição legal, trazida pela Lei n. 8.078/90, em seu art. 81.º, parágrafo único, II, o qual preceitua que:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

2.1. Transindividualidade e determinabilidade dos titulares

O legislador, ao mencionar que os interesses ou direitos coletivos são transindividuais, pretendeu destacar que eles, assim como os difusos, transcendem o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual.

Entretanto, os direitos coletivos diferem-se dos difusos em razão da *determinabilidade dos titulares*. Como vimos, o direito difuso é aquele que se encontra difundido pela coletividade, pertencendo a todos e a ninguém ao mesmo tempo. Os coletivos, por sua vez, possuem como *traço característico* a determinabilida-

Conforme ensinam Asa Briggs e Peter Burke⁹, uma das pessoas mais articuladas a tratar a denominada “sociedade da informação”¹⁰ teria sido um jovem norte-americano, Marc Porat que publicou um

de dos seus titulares. Deve-se observar que, ainda que num primeiro momento não seja possível determinar todos os titulares, por conta da natureza do direito coletivo, esses *titulares* (que estão ligados por uma relação jurídica entre si ou com a parte contrária) são *identificáveis*.

2.2. Indivisibilidade do objeto

Assim como o direito difuso, o coletivo tem como característica a indivisibilidade de seu objeto. Essa indivisibilidade está restrita à categoria, ao grupo ou à classe titular do direito, de forma que a satisfação de um só implica a de todos, e a lesão de apenas um constitui lesão de todos.

⁹ Vide “Uma História Social da Mídia – de Gutenberg à Internet”, 2ª edição revista e ampliada, Zahar, Rio de Janeiro, fls. 259 e seguintes.

¹⁰ Cassano e Contaldo entendem que “**Il concetto di Società dell’informazione** si delinea tra il 1960 e il 1970, mutuando tutte le definizioni che identificavano la società uscita dalla seconda guerra mondiale e avviata verso la nuova dimensione della ricostruzione.

Il fenômeno nel suo complesso viene anche esaminato in forma di catalogazione quando nel 1975 l’OCSE (Organizzazione per La Cooperazione e lo Sviluppo Economico) chiede ad alcuni studiosi statunitensi un modello di classificazione dei Paesi membri dell’organizzazione nell’ambito della “Società dell’informazione”. L’uso del termine venne per la prima volta utilizzato per definire un nuovo aspetto della Società moderna. Tale società sarebbe caratterizzata dalla “merce” informazione, da modi di produzione che pongono al centro i processi informativi, da una distribuzione dell’occupazione che privilegia settori nuovi rispetto a quelli precedenti, ossia i settori *terziario* avanzato, del *quaternario* o addirittura del *quinario*, come oggi vengono definiti quelli dove si concentra la forza lavoro più altamente specializzata ed intellettuale”.

In “Internet e tutela della libertà de espressione”, Giuffrè Editore, 2009, p. 04.

Para Luis Manuel Borges Gouveia, o **conceito de Sociedade da Informação** teria surgido “dos trabalhos de Alain Touraine (1969) e Daniell Bell (1973) sobre influencias dos avanços tecnológicos nas relações de poder, **identificando a informação como ponto central da sociedade contemporânea** (grifos nossos). A definição de sociedade da informação deve ser considerada, segundo referido autor, tomando diferentes perspectivas, de que são exemplos os seguintes autores:

Segundo **Gianni Váttimo**, esta sociedade pós-moderna ou transparente, é plural, incentiva a participação, reconhece e dignifica as diversidades e dá voz

artigo em 1977 denominado, em sua primeira forma, “Implicações globais na sociedade da informação”.

O texto, explicam, “havia sido encomendado pela Agencia de Informação dos Estados Unidos” sendo certo que a expressão já havia passado para a linguagem usual durante a década de 1960; “na época, também a palavra “informação” já havia sido incorporada à expressão “tecnologia da informação”(TI)¹¹, primeiramente usada nos círculos administrativos e na “teoria da informação” da matemática.

às minorias e os valores passariam a ser construídos a partir desta perspectiva participativa, múltipla, ou até mesmo caótica;

Para **Javier Echeverria**, a **Sociedade da Informação** está inserida num processo pelo qual a noção do espaço e tempo tradicional estão em transformação pelo surgimento de um “espaço virtual”, transterritorial, transtemporal, que formará uma tele-cidade, numa tele-sociedade que se sobreporá mesmo aos Estados clássicos criando novas formas de inter relações humanas e sociais, ainda que por vezes ocorram conflitos neste processo de transformação;

Para **Gonzalo Abril** a informação é um discurso institucionalizado absorvendo todos os modos de conhecimento e comunicação já desenvolvidos pelo homem, alcançando um actual estágio de “regime da informação”, numa “sociedade informativa”;

Para **Noam Chomsky** a **sociedade da informação** é também fruto da globalização econômica, a fim de promover maior circulação de capital e informação nas mãos dos grande grupos empresariais, que são os arquitetos da sociedade global. Neste sentido, a **sociedade da informação** serve a uma nova classe que deseja defender suas posições de poder sobre os mercados, defendendo a idéia de liberdade de comercializar, e “ignorando sistematicamente o problema das profundas desigualdades em matéria de comunicações entre os países ricos e pobres”.

Explica ainda o autor que “**A Sociedade da Informação** é um conceito utilizado para descrever uma sociedade e uma economia que faz o melhor uso possível das Tecnologias da Informação e Comunicação no sentido de lidar com a **informação**, e **que toma esta como elemento central de toda a actividade humana (Castells, 2001)**”.

Para uma análise mais detalhada vide “Sociedade da Informação-Notas de contribuição para uma definição operacional Novembro de 2004 Luis Manuel Borges Gouveia lmbg@ufp.pt, <http://www.ufp.pt/~lmbg>.

¹¹ Com efeito. Observada como um “conjunto dos conhecimentos, pesquisas, equipamentos, técnicas, recursos e procedimentos relativos à aplicação da

“O verbo medieval “enforme, informe”, emprestado do francês conforme explicam Briggs e Burke,” significava dar forma ou modelar”, e a **nova expressão “sociedade da informação” dava forma ou modelava um conjunto de aspectos relacionados à comunicação – conhecimento, notícias, literatura, entretenimento – todos permutados entre mídias¹² e elementos de mídias diferentes papel, tinta, telas, pinturas, celulóide, cinema, rádio, televisão e computadores.**

“Da década de 1960 em diante, todas as mensagens, públicas e privadas, verbais ou visuais, começaram a ser consideradas “dados”¹³, informação que podia ser transmi-

informática em todos os setores da vida social”, segundo **Alvin Tofler** “a tecnologia da informação é atividade meio; **a atividade fim é a sociedade da informação**”.

Cf. Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa em “Dicionário de Comunicação”, 10ª edição, Editora Campos/Elsevier, p. 709.

¹² Conforme o Dicionário de Comunicação de Rabaça e Barbosa, **mídia**, em teoria da comunicação, é o conjunto dos meios de comunicação existentes em uma área, ou disponíveis para uma determinada estratégia de comunicação. Grafia aportuguesada da palavra latina *media*, conforme esta é pronunciada em inglês. **Media**, em latim, é plural de *medium*, que significa “meio”. Em publicidade, costuma-se classificar os veículos em duas categorias:

- 1-) **mídia impressa** (jornal, revista, folheto, *outdoor*, mala direta, *displays*, etc.) e
- 2-) **mídia eletrônica** (TV, rádio, CD, vídeo, cinema, etc.).

Em português diz-se média.

Explicam Briggs e Burke que “de acordo com o *Oxford English Dictionary*, foi somente na década de 1920 que as pessoas começaram a falar de “mídia” sendo certo que “uma geração depois, nos anos 1950, passaram a mencionar uma “revolução da comunicação”.

Cf. Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa em “Dicionário de Comunicação”, 10ª edição, Editora Campos/Elsevier, p. 490 bem como Asa Briggs & Peter Burke em “Uma história social da mídia – de Gutenberg à Internet”, 2ª edição revista e ampliada, Zahar, Rio de Janeiro, passim.

¹³ Conforme o Dicionário de Comunicação de Rabaça e Barbosa, dados são fatos coletados, analisados e interpretados pelos cientistas sociais; um conjunto de dados é designado *data* (do latim *data* pl. de *datum*, “dado”); na área da informática, dados são representações de fatos, conceitos ou instruções, através de

tida, coletada e registrada, qualquer que fosse seu lugar de origem, de preferência por meio de tecnologia eletrônica”.

Destarte, como explica **Paulo Serra**¹⁴ “a sociedade actual, a que se tem vindo a chamar ‘**sociedade da informação**’, é uma sociedade em que a **informação se transformou simultaneamente na matéria-prima e na mercadoria fundamentais em que o conjunto da cultura**¹⁵ **se tem vindo a transformar, de forma crescente em informação” (grifos nossos).**

Assim, conforme aduzido anteriormente, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação da pessoa humana-inclusive informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência da pessoa humana¹⁶- passaram no século XXI, diante de um novo processo civilizatório representativo da manifestação de novas culturas, **a ter caráter marcadamente difuso** evidentemente em face das formas, processos e veículos de comunicação de massa principalmente com o uso das ondas eletromagnéticas (Rádio e Televisão) conforme amplamente estudado em nossa obra “**O direito de antena em face do direito ambiental brasileiro**”¹⁷ assim como com o advento da rede de computadores de alcance mundial formada por inúmeras e diferentes máquinas interconectadas em todo o mundo (internet)¹⁸.

sinais de uma maneira formalizada, passível de ser transmitida ou processada pelos seres humanos ou por meios automáticos.

Vide Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa em “Dicionário de Comunicação”, 10ª edição, Editora Campos/Elsevier, p. 207.

¹⁴ “A ética na sociedade da informação: entre a antinomia e o abismo”.

¹⁵ “Entendemos aqui “cultura” no sentido que lhe dá T.S. Eliot, segundo o qual ela “inclui todas as actividades e interesses característicos de um povo”. T.S. Eliot, “Os três sentidos de “cultura”, *Ensaio Escolhidos*, Lisboa, Cotovia, 1992, p. 125.

¹⁶ Vide Fiorillo in **Biodiversidade, Patrimônio Genético e Biotecnologia no Direito Ambiental**, Editora Saraiva, 1ª edição, 2012.

¹⁷ Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo em “O Direito de Antena em face do Direito Ambiental Brasileiro”, Editora Fiúza, 2009, *passim*.

¹⁸ Conforme o Dicionário de Comunicação de Rabaça e Barbosa, na área da informática, a **internet** é uma rede de computadores de alcance mundial, formada

Destarte a tutela jurídica do meio ambiente digital tem como finalidade interpretar os arts. 220.º a 224.º da Constituição Federal em face dos arts. 215.º e 216.º com a segura orientação dos princípios fundamentais indicados nos arts. 1.º a 4.º de nossa Carta Política em face particularmente da denominada “cultura digital”^{19 20},

por inúmeras e diferentes máquinas interconectadas em todo o mundo, que entre si trocam informações na forma de arquivos de textos, sons e imagens digitalizadas, software, correspondência (e-mail), etc..

Observam os autores que **“mais do que uma rede de computadores, é agora uma rede de pessoas, a maior que já houve na humanidade”**(grifos nossos). O jornalista Sérgio Charlab, em seu livro “Você e a Internet no Brasil” explica de modo interessante a rede:

“A Internet (e tudo que estamos chamando aqui de ciberespaço) é como se fosse um universo paralelo-só que inteiramente eletrônico. Algumas pessoas perguntam: Mas onde fica a internet? Ora não fica. Não existe uma coisa física chamada Internet. Você não pode vê-la, tocá-la ou ouvi-la. O que há são milhões de computadores em mais de 100 países. Todos ligados em rede... estão ligados uns com os outros, redes com redes, formando uma malha cheia de nós... hoje quando enviamos uma mensagem de um ponto da Internet a outro, a mensagem percorre um caminho formado por uma ou mais máquinas, passando de nó em nó de redes até chegar a seu destino... boa parte do conhecimento humano começa a ficar disponível na rede... a rede não tem dono, não tem núcleo, não tem presidente nem general. Está espalhada pelo mundo. A rede tem poder, sim, mas o poder está distribuído pelos seus usuários. Cabe a cada um de nós exercê-lo com propriedade”.

Vide Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Guimarães Barbosa em “Dicionário de Comunicação”, 10ª edição, Editora Campos/Elsevier, p. 395.

¹⁹ A virtualização da Justiça se observa de maneira clara em face da manifestação do próprio Poder Judiciário em nosso País. Verifique-se notícias da Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ:

“21/06/2010 - 16h08

INSTITUCIONAL

Presidente do STJ fala, no RS, sobre virtualização da Justiça

O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Cesar Asfor Rocha, participou, na manhã desta segunda-feira (21), de um encontro jurídico (meeting jurídico) em Porto Alegre (RS). Falando a empresários e magistrados, o ministro destacou o empenho do STJ para a virtualização da Justiça e a importância do Judiciário estadual gaúcho em comprometer-se com a digitalização

dos recursos. Em 2009, 25,16% dos processos que chegaram ao STJ tiveram origem no Rio Grande do Sul.

O encontro foi organizado pelo Instituto de Estudos Jurídicos e Atividades Rurais do estado. O ministro Cesar Rocha chamou a atenção dos ouvintes para o novo papel do Poder Judiciário. Ele contou que o STJ foi o pioneiro na digitalização dos processos, que teve início em janeiro de 2009. Entre todos os tribunais de segunda instância, apenas os tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais ainda não aderiram ao projeto. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assina o termo nesta tarde.

O ministro Cesar Rocha afirmou que, nos dias atuais, a preocupação dos magistrados, notadamente os da cúpula do Judiciário, deixou de ser apenas com a atividade de julgar. A modernização está no foco das atividades judiciárias como instrumento de combate à morosidade. Até o momento, mais de 300 mil processos já foram digitalizados no STJ. Como parte do e-Justiça, foi instalado um sistema que permite a tramitação eletrônica de todos os atos processuais realizados pelo Tribunal.

“Tivemos de quebrar paradigmas, de refletir e rever posições manufaturadas. Hoje temos de ter, com a mesma prioridade, a preocupação com a gestão do Judiciário”. Como exemplo desse novo papel, o ministro citou a súmula vinculante, a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) e, no caso específico do STJ, a virtualização dos processos.

Coordenadoria de Editoria e Imprensa “

“21/06/2010 - 18h14

INSTITUCIONAL

TJRS adere à era virtual e STJ começa a receber recursos digitalizados

A Justiça gaúcha fincou raízes na era virtual. Em solenidade realizada na tarde desta segunda-feira (21), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) fez a primeira remessa de recursos especiais digitalizados para o Superior Tribunal de Justiça (STJ). O evento teve a participação do presidente da Corte, ministro Cesar Asfor Rocha.

No total, foram 59 processos digitalizados encaminhados on-line para o STJ, em Brasília (DF). A iniciativa antecedeu a assinatura de um convênio de cooperação técnica firmado entre o ministro e o presidente do TJRS, desembargador Leo Lima. O acordo permitirá o recebimento diário de aproximadamente 300 processos digitalizados.

O ato foi avaliado pelo presidente do STJ como um dos mais importantes de sua visita de dois dias ao Rio Grande do Sul. O TJRS era um dos três tribunais que ainda não transmitia, via digital, os recursos especiais. Agora, restam apenas

os tribunais estaduais de São Paulo e de Minas Gerais para integrarem a grande rede que tramita recursos ao STJ virtualmente.

Com o novo sistema de remessa, o tempo que o processo remetido pelo TJRS levará para chegar às mãos dos magistrados no STJ foi reduzido de oito meses para apenas 48 horas. O software é livre, desenvolvido por equipe de servidores do Tribunal Superior, e foi disponibilizado sem custos.

“A assinatura desse convênio comprova nossa preocupação com a gestão do Judiciário, ao mesmo tempo que nos mostra, e a toda sociedade, que a nova postura será determinante para o bom e ágil atendimento ao jurisdicionado”, salientou o ministro Cesar Rocha. O STJ se tornou o primeiro tribunal do mundo a eliminar o papel.

Nessa mesma linha, o desembargador Leo Lima enalteceu o trabalho realizado pelo ministro à frente do STJ. Ressaltou que a primeira remessa de processos enviada pelo TJRS ao STJ representa a definitiva entrada do seu tribunal na era digital. “Não temos dúvida de que o futuro que se apresenta é certo”, observou o desembargador.

Em 2010, os cinco tribunais regionais federais e os 27 tribunais de Justiça do Brasil encaminharam 79.378 processos recursais ao STJ. Desse total, 23.163 (29,12%) foram do TJ gaúcho. Em 2009, foram 198.760 recursos encaminhados, dos quais 44.059 (22,16%) tiveram o RS como origem.

Entre os agravos, a tramitação do TJRS para o STJ chegou à expressiva média diária de 258 ao longo do primeiro semestre deste ano. A média de recursos especiais chega a 71 por dia, dados que colocam o Rio Grande do Sul como um dos maiores demandantes do STJ – ficando atrás, somente, de São Paulo.

Coordenadoria de Editoria e Imprensa”

“

STJ

14/4/2010

Informações sobre processos na internet não têm valor oficial

As informações sobre andamento de processos na internet não possuem caráter oficial e, por isso, não podem servir para verificação de prazos nem para qualquer outro efeito legal. Esse entendimento, já consolidado em diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), levou o ministro Sidnei Beneti a determinar a suspensão, em todos os juizados especiais cíveis do país, dos processos em que haja controvérsias a respeito da validade oficial das informações disponibilizadas pela Justiça na internet.

A decisão do ministro do STJ foi tomada em liminar na Reclamação n. 4.179, de autoria do B.C. do S. O banco não se conformou com uma decisão da Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Rio Grande do Sul que se

havia baseado em informações extraídas da página de consulta processual do Tribunal de Justiça gaúcho, o que o motivou a entrar com a reclamação no STJ. As reclamações são instrumentos destinados a preservar a autoridade das decisões judiciais, e vêm sendo utilizadas, por autorização do Supremo Tribunal Federal (STF), nos casos em que decisões das turmas recursais estaduais conflitam com a jurisprudência do STJ. O processamento das reclamações com essa finalidade está regulamentado na Resolução n. 12/2009 do STJ.

Em sua reclamação, o B.C. do S. pede a reforma do acórdão da turma recursal gaúcha, para ajustá-lo à interpretação do STJ. “Verifica-se a patente divergência entre o entendimento adotado pela turma recursal e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que as informações prestadas via internet têm natureza meramente informativa, não possuindo, portanto, caráter oficial” – afirmou o ministro Sidnei Beneti, ao fundamentar sua decisão.

Rcl 4179”

“

CC 106625

DECISÃO

Processo de Gilmar Mendes contra jornalistas será julgado em São Paulo

O processo movido pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes contra os jornalistas Paulo Henrique Amorim, Mino Pedrosa, Luiza Villaméa e Hugo Marques, por calúnia e difamação, será julgado pelo Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Os jornalistas publicaram matérias supostamente caluniosas dirigidas ao ministro do STF no site *Conversa Afiada*, mantido por Amorim, e na revista *Isto É*. A decisão é do ministro Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao decidir conflito negativo de competência entre a vara paulista e a 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

O conflito negativo (quando o órgão julgador afirma não ter competência para julgar determinada matéria) foi levantado pela 10ª Vara do Distrito Federal. No processo, o ministro Gilmar Mendes afirmou que foram violados os artigos 20, 21 e 23 da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa), que definem os crimes de calúnia e difamação e as respectivas penas. Também teriam sido ofendidos os artigos 138, 139 e 141 do Código Penal (CP). Os dois primeiros artigos do CP também se referem à calúnia e à difamação, enquanto o artigo 141 determina o aumento das penas em um terço no caso dos delitos serem cometidos contra autoridades públicas.

Ao receber a representação, o procurador-geral da República determinou que o processo deveria ser apreciado pela Procuradoria da República de São Paulo, já que Paulo Henrique Amorim reside naquele estado. Já a Procuradoria Estadual

opinou que a representação deveria ser arquivada, uma vez que o próprio STF suspendeu 20 artigos da Lei de Imprensa, e que não haveria dolo na publicação das supostas matérias caluniosas. Mas a 4ª Vara de São Paulo declinou da competência para alguma vara do Distrito Federal, sob o argumento de que os autos do processo não trariam o endereço de Amorim, mas apontaria Brasília como o local de domicílio dos outros réus.

A 10ª Vara do DF, entretanto, alegou que o artigo 42 da Lei de Imprensa determina que a competência territorial é determinada pelo local onde o jornal é impresso ou onde se localiza o estúdio transmissor ou agência de notícias.

No seu voto, o ministro Arnaldo Esteves apontou que a competência territorial da Lei de Imprensa era realmente a prescrita no artigo 42, entretanto o dispositivo legal não foi validado pela Constituição Federal e foi suspenso, pelo próprio STF, em abril de 2009. Para o ministro, isso obriga a aplicação da legislação comum, como o Código Penal. “Em consequência, também as regras sobre a competência aplicáveis ao caso são as comuns, notadamente a prevista no artigo 70 do Código de Processo Penal”, explicou. O artigo define que o local da infração será onde esta foi consumada. O ministro observou que o site e a revista têm distribuição nacional, mas que o crime é uno, mesmo se a notícia é divulgada em vários locais.

Para o ministro Esteves, o local da calúnia seria onde se imprimiu a revista Isto É, ou seja, em São Paulo. No caso da internet, o ministro considerou que o local onde a suposta calúnia se consumou seria onde o responsável pelo blog ou site se encontrar. Isso facilitaria a delimitação do lugar exato e uma eventual coleta de provas, observou ainda. Como Amorim reside e trabalha habitualmente em São Paulo, esse também é o local da competência. Com esse entendimento, o ministro determinou a competência da 4ª Vara de São Paulo, sendo acompanhado por unanimidade pela Terceira Seção do STJ.

Coordenadoria de Editoria e Imprensa”

“20/05/2010 - 14h13

AG 1295699

DECISÃO

Recurso de jornal que divulgou e-mail em situação constrangedora é arquivado

Sob o argumento de que era intempestivo (apresentado fora do tempo processual adequado), o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Cesar Asfor Rocha, determinou o arquivamento de um recurso apresentado pela editora do jornal Diário da Manhã, de Pelotas (RS). Com o recurso, a empresa pretendia reformar sentença desfavorável num caso envolvendo a divulgação do nome do remetente de um *e-mail* em situação constrangedora.

A controvérsia teve origem em outubro de 2004, quando o referido jornal publicou, na seção intitulada Coluna do Meio, uma nota em que um servidor público tem seu nome expressamente citado. O espaço é assinado por “Capitão Gay”, pseudônimo do colunista responsável pela seção. O servidor sentiu-se ofendido, tanto pelo teor do texto, que sugeria que ele fosse homossexual, quanto pela divulgação em si, já que jamais teria enviado e-mail ao jornal ou ao colunista para tratar de assuntos dessa natureza.

De acordo com os autos, após a publicação da nota – em que a vítima é qualificada como um dos “leitores mais empolgados” da coluna e alguém que “conhece os efeitos nefastos e humilhantes do preconceito” – o servidor foi surpreendido por amigos que tomaram conhecimento do fato. A ampla divulgação de seu nome, no contexto em que se deu, teria lhe causado graves prejuízos, o que o motivou a entrar com uma ação por danos morais contra a editora do jornal e seu colunista.

Em primeiro grau, os réus foram condenados a indenizar o autor da ação em R\$ 12.450, bem como a publicar a decisão no mesmo jornal em que foi veiculada a ofensa. Alegando que a nota jornalística não era ofensiva e que partira do autor a iniciativa do e-mail, eles apelaram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

A corte gaúcha, no entanto, manteve a sentença no mérito, reconhecendo o dano moral. Prevaleceu o entendimento de que tanto o colunista quanto o jornal têm o dever de se certificar da autoria de *e-mail* que publicam, resguardando os nomes das pessoas em matérias polêmicas, com o fim de lhes preservar a intimidade.

Segundo consta no processo, a conta de e-mail com o nome do autor teria sido criada exclusivamente “para enviar o malfadado e-mail à coluna do Capitão Gay, o que, por si só, afasta a presunção de que a conta pertencesse ao demandante.” Pouco depois do episódio, a conta teria sido desativada. Ao decidir, o TJRS ressaltou que o veículo e o colunista agiram de forma negligente, pois não tomaram nenhum cuidado para verificar a fonte das informações publicadas. Na decisão, o valor da reparação foi reduzido para R\$ 3.000. A justificativa foi de que o autor da ação é funcionário público que litiga com gratuidade e a editora é de pequeno porte. Além disso, o colunista responsável pela nota é advogado e colaborador do periódico, não mantendo vínculo de emprego com a companhia jornalística.

Coordenadoria de Editoria e Imprensa”

“VALOR ECONÔMICO – LEGISLAÇÃO & TRIBUTOS, 17 de maio de 2010

Processo eletrônico pode deixar metade dos servidores sem função

Quando ingressou na Justiça paulista, em maio de 1978, o servidor José Fernando Blotta ganhou do seu chefe uma caixa de papel carbono, agulha, linha e uma sovela, instrumento cortante e pontiagudo utilizado para furar processos. O então escrevente fazia manualmente a autuação das ações. Hoje, 32 anos depois, Blotta não sente saudades daquele tempo. O diretor do cartório único do primeiro fórum digital do país, instalado em 2007 na Freguesia do Ó, em São Paulo, vive hoje na era do processo eletrônico. Uma nova realidade que pode deixar pelo menos metade dos 300 mil funcionários do Judiciário sem ter o que fazer. “Uma vara eletrônica pode manter o mesmo nível de eficiência com metade dos servidores. Precisamos criar cargos. Daqui a pouco vai sobrar funcionário”, diz o ex-secretário-geral do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e juiz do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 10ª Região, Rubens Curado. Preocupados, os trabalhadores começam a se mobilizar, tentando encontrar saídas para readequar as carreiras do Judiciário à era digital. Hoje, pelo menos metade dos servidores do país continua com rotinas burocráticas – furando, carimbando, numerando processos a mão e carregando pilhas e mais pilhas de papel com carrinhos de ferro. Mas a informatização avança em todos os Estados. E, de acordo com o conselheiro Walter Nunes, do CNJ, a meta é ter até o fim do ano 65% dos processos em formato eletrônico.

Diante da nova realidade, os oficiais de justiça, mesmo prometendo lutar para manter a intimação pessoal, decidiram negociar a inclusão de uma nova tarefa para a categoria no projeto do novo Código de Processo Civil (CPC), que será encaminhado no próximo mês ao Congresso Nacional. Eles querem ficar responsáveis pela penhora eletrônica – de dinheiro, carro e imóvel. “Por falta de tempo, os juízes têm delegado essa função a auxiliares. Mas cabe somente aos oficiais de justiça efetuar os atos de constrição processual”, diz Joaquim José Teixeira Castrillon, presidente da Federação Nacional das Associações de Oficiais de Justiça Avaliadores Federais (Fenassoja). “Não queremos ficar para trás. É necessário que a carreira evolua juntamente com os meios tecnológicos.” Na Freguesia do Ó, o Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó trabalha com um número reduzido de funcionários. Há um ofício judicial único para as três varas de família e quatro varas cíveis, com apenas 16 funcionários. Pouco mais do que o cartório de uma vara normal absorve. “Em um cartório tradicional, que atende a uma só vara, há aproximadamente 15 funcionários”, diz José Fernando Blotta. “Aqui, no entanto, o ideal seria termos um número maior de servidores. Cinco por vara.”

Com a demanda menor por funcionários nos cartórios, uma das saídas, segundo Curado, seria deslocar parte deles para o gabinete dos juízes. “Com o processo eletrônico, os juízes ficam mais sobrecarregados, uma vez que os processos são

distribuídos rapidamente. Eles precisarão de auxílio direto. Mas vai ser preciso capacitar servidores para isso”, diz o magistrado.

Preocupado com a mudança, o CNJ aprovou no início de abril a criação do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário (CEAJud). O centro será coordenado pelo CNJ e vai promover, em conjunto com os tribunais, treinamentos, cursos, seminários e outras ações relacionadas ao aperfeiçoamento dos trabalhadores. O CEAJud dará preferência à realização das atividades por meio do ensino à distância. O conselho instituiu também o “Programa Integrar” como uma das ferramentas de atuação do centro. O programa foi desenvolvido pelo CNJ para auxiliar na modernização e organização dos tribunais. É formado por uma equipe multidisciplinar, composta por magistrados e servidores, com experiência nas áreas de infraestrutura e tecnologia da informação, gestão de pessoas, processos de trabalho e gestão da informação e comunicação.

Hoje, a qualificação dos servidores é um dos principais itens da pauta do movimento sindical. “Tribunais estão preocupados com a digitalização dos processos, mas estão se esquecendo de qualificar os funcionários”, diz Josafá Ramos, diretor da Federação Nacional dos Servidores do Judiciário (Fenajud), que já prevê o fim de novas contratações por meio de concursos públicos. Para ele, os servidores do Judiciário estão sendo desvalorizados e há um descompasso entre o ingresso na era virtual e as condições precárias de trabalho. “Os servidores recebem computadores para trabalhar, mas estão sentados em cadeiras caindo aos pedaços.”

Um fórum sem armários e com poucos funcionários

Na sala do juiz Luiz Roberto Simões Dias, da 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional XII – Nossa Senhora do Ó, na Freguesia do Ó, em São Paulo, não há armários. Os processos em papel deram lugar a dois computadores de mesa. Um para ler os processos. O outro para digitar suas decisões. Para levar trabalho para casa, o magistrado usa um laptop. Foi-se o tempo em que carregava o porta-mala do carro com pilhas e pilhas de papel. “Não quero mais trabalhar com papel”, diz o juiz.

O magistrado mudou sua rotina em 2008, quando saiu do Fórum Criminal da Barra Funda para assumir uma vaga no primeiro fórum digital do país. “A diferença é brutal”, afirma Simões Dias. Portador de rinite crônica, o magistrado lembra sem saudades dos tempos em que manuseava os processos em papel e não raramente encontrava baratas no meio deles. “Lejava processo com barata para casa. Era uma coisa anti-higiênica.”

No fórum digital, instalado em 2007, há ainda a possibilidade de advogados apresentarem petições em papel. Mas rapidamente as folhas são transformadas

a saber, estabelecer a tutela jurídica das formas de expressão, dos modos de criar, fazer e viver assim como das criações científicas, artísticas e principalmente tecnológicas realizadas com a ajuda de computadores e outros componentes eletrônicos observando-se o disposto nas regras de comunicação social determinadas pela Constituição Federal.

Em face dos argumentos antes apontados podemos aduzir que, **a tutela jurídica do denominado meio ambiente digital em face da atual sociedade da informação, fixa no âmbito de nosso direito constitucional positivo, os deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidades inerentes à manifestação de pensamento, criação, expressão e informações realizados pela pessoa humana permutados entre mídias e elementos de mídias diferentes,**

em imagem e chegam às telas dos juizes das sete varas – três de família e quatro cíveis –, todas já sobrecarregadas. O papel recolhido é enviado para reciclagem. Aproximadamente uma tonelada por mês. “O processo eletrônico é parte da solução dos problemas do Judiciário”, diz Simões Dias. “É preciso, entre outras coisas, aumentar o número de juizes.”

Arthur Rosa e Luiza de Carvalho, de São Paulo e Brasília

²⁰ A página do Supremo Tribunal Federal (STF) no Twitter (@stf_oficial) ultrapassou em 16 de janeiro de 2012 a marca de 180 mil seguidores. As decisões e as sessões plenárias consideradas de maior interesse e relevância pelo público contribuíram conforme informação do próprio STF para colocar a Corte brasileira entre as instituições de maior influência e popularidade no microblog. Os internautas utilizaram o Twitter para acompanhar decisões como a que reconheceu o direito dos casais homoafetivos à união estável, autorizou a extradição do ex-ativista italiano Cesare Battisti, determinou que a Lei da Ficha Limpa não se aplica às eleições de 2010 e declarou a constitucionalidade de manifestações em favor da descriminalização da maconha.

Lançada no dia 1.º de dezembro de 2009, a página do STF no Twitter atingiu o grau máximo de influência (grau 100) no microblog em apenas um ano, segundo informações obtidas por meio do aplicativo Twittergrader. O Twitter do STF recebe, em média, sete mil adesões por mês, mas quando se aproxima algum julgamento de grande repercussão, esse número se eleva. Isso aconteceu, por exemplo, quando o STF manteve a prisão do governador afastado do Distrito Federal, José Roberto Arruda, e em todas as ocasiões em que analisou o caso Battisti, quando foram registradas cerca de três mil novas adesões por semana.

a saber, papel, tinta, telas, pinturas, celulóide, cinema, rádio, televisão, computadores, etc. (art. 220.º da Constituição Federal) dentro do pleno exercício dos direitos culturais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 215.º e 5.º da CF) orientado pelos princípios fundamentais da Constituição Federal (art. 1.º a 4.º da CF).

Trata-se indiscutivelmente no século XXI de um dos mais importantes aspectos do direito ambiental brasileiro destinado às presentes e futuras gerações (art. 225.º da CF), verdadeiro objetivo fundamental a ser garantido pela tutela jurídica de nosso meio ambiente cultural (art. 3.º da CF) principalmente em face do “abismo digital” que ainda vivemos no Brasil²¹.

²¹ Conforme explica a Enciclopédia do Estudante, a expressão “abismo digital”, que provém do termo inglês *digital divide*, “começa a ser utilizada para referir-se às desigualdades sociais que surgem à medida que se desenvolve o uso dos computadores na internet. O fato de algumas pessoas possuírem computador e outras não, ou de haver grandes diferenças entre o tipo de serviço de conexão à internet, pode condicionar os hábitos e a conduta social da população, uma vez que isso repercutirá na sua educação, cultura ou integração a uma sociedade cada vez mais apoiada nas novas tecnologias. Essa questão vai além da disponibilidade ou não de um computador: refere também à capacidade de localização e a análise apropriada por parte dos usuários da grande quantidade de informação que circula pela rede. Só as pessoas que têm acesso a essa informação e aproveitam-na adequadamente se beneficiam por completo dessa ferramenta”.

Segundo os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2008 (PNAD), do IBGE, 65% dos brasileiros não têm acesso à internet. São 104,7 milhões de pessoas acima de 10 anos de idade, que em sua maioria estão nas regiões Norte e Nordeste, são analfabetas ou estudaram apenas o ensino fundamental, têm acima de 35 anos e pertencem a famílias com renda mensal de até três salários mínimos. O apagão digital brasileiro reflete o quadro de exclusão social

Cf. Enciclopédia do Estudante, obra citada, p. 167.

Bibliografia

- AA.VV. *Assises européennes de l'audiovisuel*. Paris: Commission des Communautés Européennes, 1989.
- . Il consumo adiovisivo. *I Quaderni di Ikon*. Milano: F. Angeli, 1984.
- . *L'avenir du secteur audiovisuel publique*. Paris: La Documentation Française, 1989b.
- . *Records of the audiovisual eureka european workshop*. Bruxelas: Eureka Audiovisual, 1992.
- . Television of tomorrow. *Financial Times Conferences Speakers Papers*. London, 19 fev. 1992.
- . The allocation of radio spectrum. *Financial Times Conferences Speakers Papers*. London, 1992.
- ABIS, M. & RICHERI, G. Lo sviluppo della società dell'informazione: le disuguaglianze e gli squilibri da correggere. *Vita Italiana*, n. 4, 1988.
- ACARD. *Information technology*. London: HMSO, 1980.
- ACTAS CONGRESO INTERNACIONAL. *La déréglementation des télécommunications et de l'audiovisuel*. Paris, 1986.
- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Ver., 1985.
- Annual Report Canal +*: 1986, 1987, 1988, 1989.
- Annual Report Havas*: 1991.
- ARIÑO ORTIZ, G. *El proyecto de ley sobre televisión privada*. Madrid: IEF, 1987.
- BACHOFF, O. Freiheit des Berufs. In: BETTERMANN, NEUMANN & NIEPERDEY. *Die Grundrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1858. t. 3/1.
- BADURA, P. *Verfassungsrechtliche Bindungen der Rundfunk-gesetzgebund*. Frankfurt, 1980.
- BARBERA, A. Commento all'art. 2. In: G. BRANCA (coord.). *Commentario della Costituzione*. 1985. t. 1.
- BARENDT, E. *Freedom of speech*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

- BARILE, P. *Libertà di manifestazione del pensiero*. Milano: Giuffrè, 1975.
- . *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Il Mulino, 1984.
- BARILE, P. & CARETTI-ZACCARIA, R. *Rapporti annuale sui problemi giuridici dell'informazione*. Padova: CEDAM, 1985/1987.
- BARILE, P., CHELI, E. et al. *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*. Bologna: Il Mulino, 1980.
- BARRON, J. A. Access to the press. A new first amendment right. *Harvard Law Review*, n. 80, 1967.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J. *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*. Barcelona: Ed. Ariel, 1986.
- . Commento al progetto di legge spagnolo sulla televisione privata dal 1987. In: *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione*. Padova: CEDAM, 1988.
- . Il tribunale supremo spagnolo e i video comunitari. *Giurisp. Cost.*, fac. 12, 1987. *Poder Judicial*, n. 9, 1988.
- . *La libertad de difusión en el art. 20.1 de la Constitución: la libertad de antena*. (Jornadas organizadas por el Servicio Jurídico del Estado en mayo de 1988.)
- . *La libertad de expresión y el derecho a la televisión en Italia, sobre las posiciones doctrinales en Italia en torno al art. 21 de la Constitución y el derecho a crear TV*. (Entregado al MEC.)
- . Las televisiones regionales en España. *Rev. Autonomies*, n. 7, 1987. *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione*. Padova: CEDAM, 1988.
- BAUMOL, H. & BAUMOL W. *On inflation and the performing arts: a summing up*. New York: New York University Press, 1984.
- . The mass media and the cost disease. In: W. S. HENDON, H. HOROWITZ & C. R. WAITS (eds.). *Economics of cultural industries*. Acron, Ohio: Association for cultural economics, 1984.

- BAUSCH (ed.). *Rundfunk in Deutschland*. München: C. H. Beck Ver., 1980. v. 1 a 5.
- BELL, D. *The coming of post-industrial society*. New York: Basic Books, 1973.
- BENTHAM, J. *On the liberty of the press and public discussion*. London: W. Home Press, 1821.
- BENZONI, L. *Le spectre hertzien: bien publique ou bien privé?* Comunicación presentada en el encuentro ENST/MIT sobre Innovation, Deregulation and Competition in Telecommunication. Paris, 1990.
- BENZONI, L., JEUX, E. & KALMAN, E. La rareté a-t-elle un prix? *Le Communicateur*, n. 10, 1990.
- BENZONI, L., KALMAN, E. & PICORY, C. *Property rights and the radio frequency market*. Paris: École National Supérieure des Télécommunications, ciclostilado, 1991.
- BENZONI, L., KALMAN, E. & ZINOVIEFF, E. Spectre hertzien; l'emergence de l'économie". *Revue France Telecom*, n. 76, 1991.
- BERG, K. Grundversorgung. Begriff und Bedeutung im Verhältnis von öffentlichrechtlichem und privatem Rundfunk nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *AfP*, cuad. 2, 1987. *Media Persp.*, cuad. 5, 1987.
- BERNARDI, M. Emissioni radiotelevisive ed iniziativa economica privata. In: V. A. MONACO et al. *Libertà di antenna. Aspetti tecnici e giuridici della emittenza radiotelevisiva*. Rimini: Maggioli, 1986.
- BETHGE, H. Verfassungstreue für private Rundfunkveranstalter? *NJW*, cuad. 47, 1987.
- BETTERMANN, K. A. Rundfunkfreiheit und Organisation. *DVBL*, 1963.
- BIPE. *Le hors-medias, structure, poids économique, tendances*. Paris, Informe de investigación, ciclostilado, 1991.
- . Les groupes de communication européens. *Observatoire de la Communication*, n. 42, 1991.

- BLANEY, M. Perspectives de la production cinématographique et télévisuelle en République Fédérale d'Allemagne. *Revue de l'UER*, jan. 1990.
- BLECKMANN, A. *Allgemeine Grundrechtslehren*. Köln-Berlin: C. Heymanns Verl., 1979.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. Die "Rundfunkfreiheit"— ein Grundrecht? Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 5, Abs. 1 GG für die Organisation des Rundfunks. *AfP*, cuad. 2, 1982.
- . Die Methoden der Verfassungsinterpretation — Bestandsaufnahme und Kritik. *NJW*, cuad. 46, 1976.
- . Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. *NJW*, cuad. 35, 1974.
- BONNEL, R. *La vingt-cinquième image*. Paris: Ed. Gallimard, 1989.
- BOOZ-ALLEN & HAMILTON. *Strategic partnership as a way forward in european broadcasting*. London, 1985.
- BOUDET, D. L'enjeu des concentrations. Le difficile avènement d'une loi. *RFAP*, n. 44, 1987.
- BOUTARD-LABRADE, M. CH. Les règles de concurrence dans le droit de la communication audiovisuelle. *RFDA*, 3 (3), 1987.
- BREDIN, J. D. *Les nouvelles télévisions hertziennes*. Paris: La Documentation Française, 1985.
- Broadcasting Act*. London: HMSO, 1990.
- BROADCASTING RESEARCH UNIT. *A report from the working party on the new technologies*. Ciclostilado, 1983.
- BULLINGER, M. Freedom of expression and information; an essential element of democracy. *German Yearbook of International Law*, Berlin: Duncker & Humblot, v. 28, 1985.
- . Freiheit und Gleichheit in den Medien. *JZ*, 1987.
- . Freiheit von Presse, Rundfunk, Film. In: ISENSEE & KIRCHHOF (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts (Freiheitsrechte)*, § 142, Heidelberg, C. F. Müller, Verl., v. 6, 1989.

- . Strukturwandel von Rundfunk und Presse. *NJW*, 1984.
- BULLINGER-GÖDEL. *Landsmediengesetz Baden-Württemberg*. Baden-Baden: Nomos, 1986.
- CAPOTOSTI, P. A. La radiotelevisioni locali tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione. *Giurisp. Ital.*, 1980.
- . Modelli normativi della concessione radiotelevisiva: il problema del servizio pubblico. In: BARILE, CHELI & ZACARRIA. *Radiotelevisione pubblica e privata*. Bologna: Il Mulino, 1980.
- CARAT. *European television minibook 1992*. London, 1992.
- . *Les chefs du marché audiovisuel international*. Paris: Academie Carat Espace, 1990.
- CARETTI, P. & ZACARRIA, R. Diritto d'accesso e legittimità costituzionale del monopolio radiotelevisivo alla luce del discorso sulla riforma della RAI-TV. *Foro Ital.*, 1970.
- CARRILLO, M. *Los limites de la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*. Barcelona: PPU, 1987.
- CARULLO, A. Emissioni radiotelevisive e regime delle autorizzazione. In: *Libertà di antenna*. (Opera coletiva.) Rimini: Maggioli, 1986.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*. 14. ed. rev. e atual. por J. L. de los Mozos. Madrid: Ed. Reus, 1984. v. 2, t. 1.
- CBO STUDY. *Auctioning radio spectrum licences*. Washington D. C.: Congressional Budget Office, 1992.
- CHELI, E. Manifestazione, divulgazione ed esercizio di attività economiche connesse alla divulgazione del pensiero. *Giurisp. Cost.*, 1961.
- . Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopolio pubblico. In: *Scritti in onore di Mortati*. Milano: Giuffrè, 1977. v. 3.
- CHEVALLIER, J. De la C.N.C.L. au conseil supérieur de l'audiovisuel, premiers commentaires de la loi du 17 janvier 1989. *Act. Jur. D. A.*, 1989.
- . Les enjeux de la déréglementation. *RDP et SP*, n. 2, 1987.

- CHIANTORE, P. & HORI, K. The non broadcasting application on HDTV. *Telettra Review*, n. 45, 1990.
- CHINCHILLA MARÍN, C. Derecho de información, libertad de empresa y opinión pública libre. *Poder Judicial*, n. 3, 1986.
- . *La radiotelevisión como servicio público esencial*. Madrid: Tecnos, 1988.
- CHIOLA, C. Cenni sulla ripartizione delle frequenze. In: P. BARILE et al. *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*.
- . I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo. *Giurisp. Cost.*, 1974.
- . *Informazione, pensiero, radiotelevisione. Problemi concreti e commenti*. Napolis: Jovene, 1984.
- COASE, R. *The federal communication commission*. *The Journal Law and Economics*, v. 2, 1959.
- COHEN, E. *Le colbertisme "high tech"*. *Economie des telecom et du grand projet*. Paris: Libr. Hachette, 1992.
- COMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN. *Une strategie d'urgence pour l'électronique*. Paris: La Documentation Française, 1991.
- COMMISSION FOR THE DEVELOPMENT OF THE TELECOMMUNICATION SYSTEM. *Telecommunications Report*. Federal Ministry of Post and Telecommunications. Bonn, 1976.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *The european electronics and information technology industry: state of play. Issues at stake and proposals for action*. Com(91) 565 final. Bruxelles, CEC, abr. 1991.
- CORASANITI, G. Il diritto delle comunicazioni di massa nella realtà normativa italiana. In: E. ROPPO (coord.). *Il diritto delle comunicazioni di massa. Problemi e tendenze*. Padova: CEDAM, 1985.
- COSTE-CERDAN, N. De quelle crise s'agit-il? *Médiapouvoir*, n. 28, 1992.

- COSTE-CERDAN, N. & LE DIBERDER, A. Les quatres télévisions européennes. *Pouvoir*, n. 51, 1989.
- COX, A. The Supreme Court, 1979 term: freedom of expression in the Burger Court. *Harvard Law Review*, n. 94.1, 1980.
- CRISAFULLI, V. Problematica della “libertà d’informazione”. *Il Politico*, 1964.
- CUOMO, A. *Libertà di stampa e impresa giornalistica*. Napolis, 1956.
- DALLOZ, X. & LEMOINE, P. Pour des politiques enfin “haute definition”. *Médiapouvoir*, Paris, n. 20, 1992.
- DAN, E. *Televisione a pagamento: esperienze estere e propettive d’innesto nella realtà italiana*. (Teses de doutorado.) Università degli Studi di Venezia Ca’Foscari, 1990.
- DEBBASCH, CH. *Droit del’audiovisuel*. Paris: Dalloz, 1988.
- . *Traité de droit de la radiodiffusion et télévision*. Paris: LGDJ, 1967.
- DEBBASCH, CH. & PINET, M. *Les grandes textes administratifs*. Paris: Sirey, 1969.
- DEGENHART, CH. Ammerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts. *DöV*, 1981.
- DELCROS, B. & TRUCHET, D. Controverse: les ondes appartiennent-elles au domaine public? L’article 10 de la loi du 17 janvier 1989. *RFDA*, 5 (2), 1989.
- DELCROS, B. & VODAN, B. Le régime des autorizations dans loi relative a la liberté de communication. *RFDA*, 3 (3), 1987.
- DELCROS, X. Le conseil supérieur de l’audiovisuel nouvelle institution constitutionnelle. *Act. Jur. D. A.*, fascs. 7-8, 1988.
- DEL DEBBIO, P. Il mercante e l’inquisitore. *Il Sole-24 Ore Libri*, Milano, 1991.
- DELIVET, J. P. & RONY, H. La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et la régulation de la communication audiovisuelle. *RAP*, n. 44, 1987.
- . *La nation de service public de la TV en France*. Nanterre: Universidad Paris X, 1987.

- DELVOLVÈ, P. Les arrêts relatifs à la 5e et à la 6e chaînes de télévision et la théorie de la concession de service public. *RFDA*, n. 3, 1987.
- . Service public et libertés publiques. *RFDA*, n. 1, 1985.
- DENNINGER, E. Principios constitucionales y derechos fundamentales como “normas abiertas”. In: *Division de poderes e interpretación*. Ed. López Pina, A.
- DERIEUX, E. Le nouveau statut de la communication. Les loi du 1 août, 30 septembre et 27 novembre 1986. *RDP et SP*, n. 2, 1987.
- DE SOLA POOL, I. *Technologies without Boundaries*. Cambridge — Massachusetts: Harvard University Press.
- DEVIS, J. *TV, UK, a special report*. London: Knowledge Research Publication, 1991.
- DIAMOND, E., SANDLER, N. & MUELLER, M. *The first amendment, technology and deregulation*. Washington, 1983.
- DIBIE, J. N. *La 51ème Etoile. L'Europe de l'audiovisuel*. Paris: Institut de la Formation et d'Enseignement pour les Métiers de l'Image et du Son, 1992.
- DÍEZ PICAZO, L. *Estudios de derecho privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1980.
- D'ONOFRIO, F. La sentenza-legge sulle emittenti locali: il difficile equilibrio tra libertà e potere. *Dir. radiodif. telecom.*, 1976.
- DRAGO, R. *Nature juridique de l'espace hertzien*. Mélanges Juglart, 1985.
- DU CASTEL, F., CHAMBAT, P. & MUSSO, P. *L'ordre communicationnel*. Paris: La Documentation Française, 1989.
- DYSON, K. et al. *Broadcasting and new media policies in Western Europe*. London: Routledge, 1988.
- ELY, D. Flag Desecration: A case study in the roles of categorization and balancing in first amendment analysis. *Harvard Law Review*, n. 88, 1985.
- EMERSON, T. I. First amendment. Doctrine and the Burger Court. *California Law Review*, n. 68, 1980.

- . *The system of freedom of expression*. New York: Vintage, 1970.
- . *Toward a general theory of the first amendment*. *Yale Law Journal*, 1963.
- ENTRENA CUESTA, R. El principio de libertad de empresa. In: *El modelo económico en la Constitución española*. (Obra coletiva.) Madrid: IEE, 1980. v. 1.
- ESPOSITO, C. *Libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*. Milano: Giuffrè, 1968.
- ESTEVE PARDO, J. *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*. Madrid: INAP, 1984.
- EUROCOMMUNICATION RECHERCHE. *La convergence de l'audiovisuel et des télécommunications*. Paris, ciclostilado, 1990.
- EVANS, B. *Digital HDTV. The way forward*, IBC technical services LDT, London, 1992.
- FAVOREAU, L. & PHILIP, L. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 4. ed. Paris: Sirey, 1986.
- FELKER, A. D. & KWELLER, E. Using auctions to select FCC licences. *OPP Working Paper Series*, Washington, n. 16, Federal Communication Commission, 1985.
- FIORILLO, C. A. P. *Biodiversidade, patrimônio genético e biotecnologia no direito ambiental*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- . *Crimes ambientais*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- . *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013
- . *Curso de direito da energia*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010
- . *Crimes no meio ambiente digital*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013
- . *Direito ambiental tributário*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010
- . *Licenciamento ambiental*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva.

- . *Princípios do direito processual ambiental - a defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no brasil*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- FLICHY, P. *Les industries de l'imaginaire: pour une analyse économique des médias*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1980.
- FOIS, S. Censura e pubblicità. *Giurisp. Cost.*, v. 1, 1965.
- . La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale. *Giurisp. Cost.*, fasc. 2, 1977.
- . Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo. *Giurisp. Cost.*, 1960.
- . Presupposti e modelli per una disciplina dell'attività radiotelevisiva. In: BARILE, CHELI & ZACCARIA. *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*.
- . *Principii costituzionali e libera manifestazione del pensiero*. Milano: Giuffrè, 1957.
- . Rai-TV: "governo" del monopolio pubblico, o "governo" di un servizio pubblico? In: *Il servizio pubblico radiotelevisivo*. (Obra coletiva.) Napoli: Jovene, 1983.
- FORNI, R. & PELCHAT, M. *La télévision a haute definition*. Paris: Economica, 1990.
- FOSTER, R. Selleing the airwaves. In: *Communication International*. London, 1989.
- FOWLER, M. & BRENNER, D. A marketplace approach to broadcast regulation. *Texas Law Review*, v. 60, 1982.
- FOWLER, M. S. *Spectrum auctions: proposals for FCC management of the airwaves*. Washington D. C., Federal Communication Commission, 1986.
- FRIENDLY, F. W. & ELLIOT, M. J. H. *Frenos y contrapesos del poder*. Barcelona: Tesys/Bosch, 1987.

- FUSI, M. *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1970.
- GABRIELE, F. *Riserva allo Stato a livello nazionale e privatizzazione condizionata a livello locale in materia di diffusione radiofonica e televisiva via etere: una coesistenza costituzionalmente compatibile?* *Giurisp. Cost.*, 1976.
- GALEOTTI, S. *Le strutture dell'informazione radiotelevisiva in Italia*. In: *Problemi giuridici dell'informazione*. *Quad. Iustitia*, Roma: Giuffrè/Iustitia, n. 28, 1977.
- GÁLVEZ MONTES, J. *Comentario al artículo 81 de la Constitución*. In: O Alzaga Villaamil (coord.), *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución de 1978*. Madrid: Edersa, 1985. v. 7.
- GAMBARO, M. & SILVA, F. *Economia della televisione*. Bologna: Il Mulino, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *El servicio público de tranportes urbanos*. *RAP*, n. 10, 1953.
- . *Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva de la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales*. *REDA*, n. 1, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNANDEZ, T. R. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Ed. Civitas, 1986. v. 1.
- GARCÍA TORRES, J. *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales*. *Poder Judicial*, n. 10, 1988.
- GARNHAM, N. *West European broadcasting*. *Media Culture & Society* 11, London: Sage, n. 1, 1989.
- GARNHAM, N. & LOCSLEY, G. *The economics of broadcasting*. In: J. G. BLUMLER & T. J. NOSSITER (eds.), *Broadcasting finance in transition*. London: Oxford University Press, 1986.
- GAUDIOSIO, B. M. *Rassegna di giurisprudenza sull'esercizio delle azione possessorie in materia radiotelevisiva*. In: V. A. MONACO et al. *Libertà di antenna. Aspetti tecnici e giuridici della emittenza radiotelevisiva*. Rimini: Maggioli, 1986.

- GEIGER, W. *Die Grundrechte der Informationsfreiheit*. Libro Hom. a A. Arendt. Frankfurt, 1969.
- . Sicherung der Informationsfreiheit des Bürgers als Verfassungsproblem. *AfP*, 1977.
- GENEVOIS, B. Le conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du conseil supérieur de l'audiovisuel. *RFDA*, 5 (2), 1989.
- GILLMOR, V. & BARRON, J. A. *Mass communication law; cases and comment*. St. Paul. Minn.; West. Pub. Co., 1979.
- GOERLICH, H. & RADECK, B. Neugründung und Grundversorgung-die Rundfunkordnung in einer dritten Phase? *JZ*, cuad. 2, 1989.
- GOMERY, D. Citizen Murdoch. *Médiapouvoirs*, n. 6, 1987.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Television pública y televisión privada*. Madrid: Ed. Civitas, 1982.
- GORNIG, G. H. *Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
- GRANDIR RICHERI, G. *Le televisioni in Europa*. Milano: Feltrinelli, 1976.
- GUERRIERI, M. & SPADA, C. Serie de artículos sobre la RAI. *Il Sole-24 Ore Libri*, 25 a 30 jul., 1992.
- GUILBART, E. Le "pay-per-view" aux Etats-Unis. *Médiapouvoirs*, n. 20, 1990.
- GUILLOU, B. & MARUANI, L. *Les stratégies des grands groupes d'édition*. Paris: La Documentation Française, 1991.
- GUILLOU, B. & PADIOLEAU, J. G. *La régulation de la télévision*. Paris: La Documentation Française, 1988.
- HÄBERLE, P. *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte un zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt)*. 2. ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1972.
- . Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat-das Beispiel des deutschen Grundgesetzes. *AöR*, v. 114, cuad. 3, 1989.

- HAZLETT, T. W. The rationality of U. S. regulation of the broadcasting spectrum. *Journal of Law and Economics*, v. 33, 1990.
- HENNION, B. Le Japon sur difensive. *Politique Industrielle*, Paris: Armand Colin, n. 22, 1991.
- HERMANN, G. *Fersehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland*. Tübingen, 1975.
- HERZEL, L. Public interest and the market in colour television. *University of Chicago Law Review*, v. 15, 1951.
- HERZOG, R. Comentario al art. 5.I y II de la LFB. In: MAUNZ & DÜRIG. *Grundgesetz. Kommentar*. München: C. H. Beck Ver., 1989.
- HESSE, K. El texto constitucional como limite de la interpretación. In: A. LÓPEZ PINA (ed.), *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1987.
- . *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 14. ed. Heildelberg: C. F. Müller, 1984. In: K. HESSE. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Trad. P. Cruz Villalón. Madrid: CEC, 1983.
- HOFFMANN-RIEM, W. Deregulierung als Konsequenz des Marktrundfunks. Vergleichende Analysis der Rundfunkrecht-sentwicklung in den USA. *AöR*, v. 110, 1985.
- . Ein anlauf zu privatem Rundfunk. *ZRP*, cuad. 8, 1981.
- . *Kommerzielles fernsehen. Rundfunkfreiheit zwischen ökonomischer Nutzung und Staatlicher Regelungsverant-wortung: das Beispiel USA*. Baden-Baden: Nomos Verl., 1981.
- . Medienfreiheit und der Aubenplurale Rundfunk. *AöR*, v. 109, 1984.
- . *Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganization. Ammerkugen zur Neufassung des Radio-Bremen-Gesetzes*. Frankfurt, 1979.
- HOFFMANN-RIEM, W. & STARK, CH. *Das Nieder sächsische Rundfungenesetz vor dem Bundesverfassungsgericht*. Baden-Baden: Nomos Verl., 1987.
- HOLLINS, T. *Beyond broadcasting: into the cable age*. London: BFI Publishing, 1984.

- HOME OFFICE. *Report of the inquiry into cable expansion and broadcasting policy*. London: HMSO, 1982.
- . *Subscription TV*. London: HMSO, 1987.
- . *The development of cable systems and services*. London: HMSO, 1983.
- HOOD, S. & O'LEARY, G. *Questions of broadcasting*. London: Methuen, 1990.
- HUBER, R. *La RFA et sa télévision*. Paris: INA/Champ Vallon, 1988.
- HUGHES, G. & VINES, D. *Deregulation and the future of commercial broadcasting*. Edinburg: The David Hume Institute, 1989.
- HYDE, R. H. *The role of competition and monopoly in the communication industry*. Washington D. C.: The Antitrust Bulletin, 1968.
- ITALMEDIA. "Pay-per-view". La nuova frontiera dell'audiovisivo. *Informe Annual Italmedia*, 1992.
- JACUDI. *The plan form information society*. Tokyo, 1972.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. Delitos contra el secreto de las comunicaciones ("escuchas telefónicas"). In: M. COBO del ROSAL (coord.). *Comentarios a la legislación penal*. Madrid: Edersa, 1986. v. 7.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R. *Las razones de la televisión privada*. Madrid: Antena 3, 1982.
- JONSCHER, C. *Deregulation of the radio spectrum in the U. K.* Department of trade and industry, radiocommunication Division. London: HMSO, 1987.
- JOOSTEN, M. High and digital, convergences and collisions in old and new HDTV. *CCIS Working Paper*, London, Center for Communications and Information Studies, n. 8, 1991.
- JOURDAN, P. La formation du concept de service public. *RDP et SP*, n. 1, 1987.
- KAISER, J. La libertà di stampa e di radiodiffusione nella Repubblica Federale Tedesca. In: L. PALADIN (coord.). *La libertà d'informazione*. Torino: UTET, 1979.
- KELSEN, H. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1979.

- . *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1981.
- KLEIN, H. H. *Die Rundfunkfreiheit*. München: C. H. B. Verl., 1978.
- . Die Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit. *Der Staat*, cuad. 20, 1981.
- KLOEPFER, M. Grundrechtstatbestand und Grundrechtschranken. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Tübingen: J. C. B. Mohr-P. Siebeck, 1976. t. 2.
- KOCH, U. Die Beteiligung von Presserverlagen an künftigen Rundfunkunternehmen. *ZRP*, cuad. 10, 1981.
- KOHL, H. & WEILBÄCHER, H. Strukturprobleme künftiger Rundfunkorganisation. *ZRP*, cuad. 10, 1981.
- KOPP, P. *Télévision en concurrence*. Paris: Anthropos, 1990.
- KÜBLER, F. Die neue Rundfunkordnung: Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen. *NJW*, cuad. 47, 1987.
- KULL, E. Auf dem Wege zum dualen Rundfunksystem — das vierte Fernsehurteil des Bundesverfassungsgerichts. *AfP*, cuad. 1, 1987.
- . Rundfunk-Grundversorgung. Kontext, Begriff, Bedeutung. *AfP*, cuad. 2, 1987.
- LAVAGNA, C. *Istituzioni di diritto pubblico*. 6. ed. Torino: UTET, 1979.
- LAVIALLE, CH. La condition juridique de l'espace aérien française. *RFDA*, 1986.
- LE DIBERDER, A. & COSTE-CERDAN, N. *Briser les chaînes*. Paris: La Découverte, 1988.
- LERCHE, P. Das Bundesverfassungsgericht und Verfassungs-directiven. Zu den "nicht" erfüllten Gesetzgebundsaufträgen. *AöR*, v. 90, cuad. 3, 1965.
- LERG, W. B. Rundfunkpolitik in der Weimarer Republik. In: H. BAUSCH (ed.). *Rundfunk in Deutschland*. München, 1980. v. 1.
- LEVENTER, M. Le come-back américain. In: *Politique Industrielle*, Paris: Armand Colin, n. 22, 1991.

- LEVIN, H. The radio spectrum resource. *The Journal of Law and Economics*, v. 9, 1969.
- LEYES DE RADIODIFUSIÓN. Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania. Colonia: Inter Naciones, 1989.
- LOCKHART et al. *Constitutional rights and liberties*. 6. ed. Saint Paul: West. Pub., 1986.
- LÓPEZ PINA (Ed.). *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1987.
- LÓPEZ RAMÓN, F. La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978. *REDA*, n. 34, 1982.
- LUCA, F. de. Di nuovo alla corte Costituzionale per la legittimità del monopolio televisivo pubblico. *Giurisp. Ital.*, v. 4, 1981.
- LUHMANN, N. *Fin y racionalidad de los sistemas*. Madrid: Nacional, 1983.
- MACHLUP, F. *The reproduction and distribution of knowledge in the United States*. Princeton: Princeton University Press, 1962.
- MAGLIA, G. & PARCU, P. L. Mettiamo all'asta le frequenze TV. In: *Il Sole-24 Ore*, 6 jul. 1991.
- MARTIN, J. La télévision publique sans publicité: une nécessité. *Médiapouvoir*, n. 15, 1989.
- MARTINI, G. *Dei beni pubblici destinati alle comunicazioni*. Milano: Giuffrè, 1969.
- MAUNZ, T. Comentarios al art. 19.2 de la LFB. In: MAUNZ & DÜRIG. *Grundgesetz. Kommentar*, München: C. H. Beck Ver., 1989.
- MAUNZ, T. & DÜRIG, G. *Grundgesetz. Kommentar*. München: C. H. Beck Ver., 1989.
- MC GROW, W. *Towards the public dividend: a report on satellite telecommunications and the public interest*. Satellite Associa, P.I.S.A., New York, 1977.
- MC PHAIL, T. L. Population shift plus pay-per-view: the new dynamics of American TV. *Intermedia*, n. 6, 1992.

- MEHEL, D. Audiovisuel. Le service public, naufrage d'une notion. *Médiapouvoir*, n. 19, 1990.
- MELE, M. E in Europa va di moda la pubblicità concentrata. *Mondo Economico*, n. 16, 1990.
- . Il mercato europeo dei programmi audiovisivi. In: *Le televisioni in Europa*. Torino: Edizioni della Fondazioni Agnelli, 1990.
- MELLODY, W. Radio spectrum allocation: role of the market. *American Economic Review Papers and Proceedings*, v. 70, n. 2, 1980.
- MIEGE, B. *L'industrialisation de l'audiovisuel*. Paris: Res Babel, 1986.
- . *La société conquise par la communication*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1989.
- MILL, J. S. Law of the libel and liberty of the press. In: J. M. ROBSON. *Collected works of John Stuart Mill*. Toronto/London: Univ. Toronto Press. Routledge & P. Kegan, 1984. v. 21.
- . *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1970.
- MINASIAN, J. The political economy of broadcasting in the 1920's. *Journal of Law and Economics*, v. 7, 1969.
- MOLINERO SANTAMARÍA, C. Las empresas y los medios de comunicación social. In: *La empresa en la Constitución española*. (Obra colectiva.) Pamplona: Aranzadi, 1988.
- MONACO V. A. et al. *Libertà di antenna. Aspetti tecnici e giuridici della emittenza radiotelevisiva*. Rimini: Maggioli, 1986.
- MORANGE, J. Conseil supérieur de l'audiovisuel. *RFDA*, 5 (2), 1989.
- . La commission nationale de la communication et des libertés et le droit de la communication audiovisuelle. *RFDA*, 3 (3), 1987.
- MOREAU, A. *La violence ou l'harmonie. Développer les programmes télévisuels en Europe*. Rapport à Madame le Ministre des Affaires Européennes, ciclostilado, 1991.
- MORTATI, C. *Istituzioni di diritto pubblico*. 9. ed., Padova: CEDAM, 1976. v. 2.

- MOSBACHER, R. A. *U. S. spectrum management policy: an agenda for the future*. Washington D. C.: U. S. Department of Commerce, 1991.
- MUCCINI, G. La pubblicità: un investimento delle aziende, non un finanziamento ai “media”. In: P. BARILE & P. CARETTI (coords.). *La pubblicità e il sistema dell’informazione*. Torino: ERI, 1984.
- MÜLLER, F. *Juristische Methodik*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- . *Normstruktur und Normativität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.
- MUSSO, P. Les stratégies nationales de la communication. In: AA.VV., *L’ordre communicationnel*. Paris: La Documentation Française, 1989.
- MUSSO, P. & PINEAU, G. *L’Italie et sa télévision*. Paris: INA/Champ Vallom, 1990.
- NAKAMOTO, M. Looking for smaller worlds to conquer. *Financial Times*, 2 set. 1992.
- NERY JUNIOR, N. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- . A ação civil pública. *Justitia*, v. 120, 1983.
- . Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, n. 33, dez. 1990.
- . *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. Forense Universitária, 1991.
- . *Mandado de segurança coletivo*. *Revista de Processo*, n. 57.
- . *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- . Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública. *Justitia*, v. 126, 1984.
- NERY JUNIOR, N. & NERY, R. M. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NORA, S. & MINC, A. *L’informatisation de la société*. Paris: La Documentation Française, 1978.

- NUNES, L. A. R. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OCDE. *Conference sur les politiques en matière d'informatique et de telecommunications*. Paris, 1976.
- . Les activités d'information, les technologies de l'électronique et des télécommunications: incidences sur l'emploi, la croissance et le commerce. *Rapport PIIC*, Paris, n. 6, 1991.
- OMSYC. Observatoire Mondial des Systemes de Communication. *Les chiffres-cles de l'audiovisuel mondial 1985-1990*. Paris, 1991.
- OPPENHEIM, J. *Code: télévision à la carte*. Paris: Médiathèque, 1988.
- ORY, S. Bestands — und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk? *AfP*, cuad. 2, 1987.
- OTTO, I. de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ed. Ariel, 1987.
- . La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. In: L. MARTÍN RETORTILLO & I. de OTTO. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Ed. Civitas, 1988.
- . Los derechos fundamentales y la potestad legislativa de las comunidades autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Rev. Ad. Vasca*, v. 2, n. 10.
- LOUDIN, M. *Pre-rapport de l'atelier HDTV, assises europeennes de l'audiovisuel*. Paris, 1989.
- OWEN B., BEEBE, J. & MANNING, W. *Television economics*. Massachusetts: Lexington, 1974.
- PACE, A. *Problematica delle libertà costituzionali; parte generale*. Padova: CEDAM, 1985.
- . Commento all'art. 15 en commentario della Costituzione. *Foro Ital.*, Bologna/Roma, 1977.
- . *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*. Milano: Giuffrè, 1967.

- . La radiodiffusione in Italia con particolare riguardo alle emittenti private. *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988.
- . *Problematica delle libertà costituzionale, lezioni I y II*. Padova: CEDAM, 1984.
- . Ripetitori di programmi esteri e incongruenze giurisprudenziali. *Giurisp. Cost.*, 1986.
- . *Stampa, gionarlismo, radiotelevisione. Problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza*. Padova: CEDAM, 1983.
- PALADIN, L. Libertà di pensiero e libertà d'informazione: la problematiche attuali. *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 1987.
- . Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano. In: *La libertà d'informazione*. Torino: UTET, 1979.
- PAREJO ALONSO, L. Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general. *RAP*, v. 3, n. 100-102, 1983.
- . El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *REDC*, n. 3, 1981.
- PAREJO GAMIR, R. & RODRÍGUEZ OLIVER, J. M. *Leciones de dominio público*. Madrid: ICAI, 1976.
- PASTIAUX, C. Les recettes de Canal Plus. *Médiapouvoir*, n. 22, 1991.
- PEACOCK, A. *Report of the committee on financing the BBC*. London: HMSO, 1986.
- PEAT MARWICK. *BBC — Value for Money Review*. London, 1982.
- PEDRAZA GORLERO, M. Libertà di stampa e ordine dei gionalisti. *Giurisp. Cost.*, 1969.
- PESTALOZZA, CH. Der Scgutz vor der Rundfunkfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland. *NJW*, cuad. 40, 1981.
- PIERANDREI, F. La televisione in giudizio davanti alla Corte Costituzionale. *Riv. del Diritto Commerciale*, 1961. *Scritti in onore di A. C. Jemolo*. Torino: Giappichelli, 1964.

- . Radio, televisione, Costituzione. In: *Scritti in onore di A. C. Jemolo*. Milano: Giuffrè, 1963. v. 3.
- PILATI, A. 42.500 miliardi di comunicazione in Italia. *Mondo Economico*, n. 11, 1992.
- . L'industria dei media. *Il Sole-24 Ore Libri*, Milano, 1990.
- PISIER-KOUCHNER, E. Service public et libertés publiques. *Pouvoirs*, n. 36, 1986.
- PIZZORUSSO, A. Tutela della libertà di manifestazione del pensiero e punizione dei reati commessi per esprimere un'opinione. *Foro Ital.*, v. 4, 1968.
- PORAT, M. *The information economy*. Institute for Communication Stanford: Research, Stanford University, 1974.
- QUADRA SALCEDO, T. *El servicio público de la televisión*. Madrid: INAP, 1976.
- . La ley en la Constitución: leyes orgánicas. *REDA*, n. 24, 1980.
- . La televisión privada y la Constitución. *Rev. D. Político de la UNED*, n. 15, 1982.
- RAMSAUER, U. Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte. *AöR*, v. 111, cuad. 4, 1986.
- RAO, G. La regolamentazione del sistema radiotelevisivo negli Stati Uniti. *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione (1986-1987)*. Padova: CEDAM, 1988.
- REGOURD, S. Le service public et la doctrine: pour un plaidoyer dans le procès en cours. *RDP et SP*, n. 1, 1987.
- . La dualité public-privé et le droit de la communication audiovisuelle. *RFDA*, 3 (3), 1987.
- REID, T. R. The world computer chip battle, america overtake Japan's leads. *Herald International Tribune*, 21 e 22 nov. 1992.
- RICHARDS, D. A. J. *Toleration and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

- RICHERI, G. *Europa 1992. I nuovi scenari della comunicazione*. Informe Magno Media para la Presidencia del Consejo de Ministros. Roma: Poligrafico dello Stato, 1990.
- . *I satelliti di comunicazione e le prospettive della diffusione radiotelevisiva in Europa*. In: G. RICHERI (ed.). *Il video negli anni 80*. Bari: De Donato, 1981.
- . *Il Plan Cable. Genesi, impianto e strategie*. In: *Politica industriale e grandi progetti: il caso delle telecomunicazioni*. Bologna: Nomisma, 1988.
- . *L'universo telematico*. Bari: De Donato, 1982.
- . *Le televisioni pubbliche in Europa*. *Problemi dell'Informazione*, n. 3, 1991.
- . *Los satélites de televisión en Europa*. Madrid: Fundesco, 1988.
- . *Public authorities, cultural industries and telecommunication in Western Europe*. In: J. MILLER. *Telecommunications and equity*. New York: North Holland, 1986.
- . *Satelliti di comunicazione: un conflitto aperto*. *Ilkon*, Milano: F. Angeli, n. 1 e 2, 1978.
- . *Television and new technologies*. In: A. SILJ. *The new television in Europe*. London: John Libbey, 1992.
- RICKER, R. *Der Rundfunkstaatsvertrag. Grundlage einer dualen Rundfunkordnung in der Bundesrepublik Deutschland*. *NJW*, cuad. 8, 1988.
- . *Freiheit und Ordnung des Rundfunks nach dem dritten Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts*. *NJW*, cuad. 8, 1981.
- . *Grundversorgung als Aufgabe des öffentlichrechtlichen Rundfunks*. *ZUM*, cuad. 7, 1989.
- RIVERO, J. *Existil un critère du droit administratif? RDP et SP*, n. 59, 1953.
- RIVERO YSERN, E. *Consideraciones en torno a la radiodifusión en el derecho español*. Sevilla: Inst. García Oviedo, 1968.

- ROSSEN. *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk. Die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 1 GG*. Baden-Baden: Nomos Verl., 1988.
- RUBIO LORENTE, F. La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho. *REDC*, n. 22, 1988.
- . Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. In: *Zetisschrift für Wolfgang Zeidler*. Berlin-New York, 1987.
- RUSSEL NEWMAN, W. *The future of the mass audience*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- SAAVEDRA LÓPEZ, M. La libertad de expresión e información y el problema de la televisión privada en nuestro ordenamiento jurídico. *An. Fil. Dcho.*, 1984. t. 1.
- . *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*. Barcelona: Ed. Ariel, 1987.
- SÁINZ MORENO, F. La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional. *REDC*, n. 2, 1981.
- SALA ARQUER, J. M. *La desafectación de los bienes de dominio público*. Madrid: INAP, 1980.
- SANDULLI, A. M. Antenne private e vuoto legislativo. In: *Il servizio pubblico radiotelevisivo*. (Obra coletiva.) Napolis: Jovene, 1983.
- . La libertà d'informazione. *Quaderni di Iustitia*. Milano. Roma: Giuffrè/Iustitia, n. 28, 1977.
- . Pubblico e privato nel sistema radiotelevisivo. *Dir. Soc.*, 1980.
- SANDULLI, M. A. *La Cassazione detta regole pretorie per l'etere*, en *Giurisprudenza Cost.*, 1980.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. Las leyes orgánicas. Notas en torno a sua naturaleza y procedimiento de elaboración. *Rev. D. Político de la UNED*, n. 4, 1979.
- SANTORO, E. A proposito degli effetti della Sentenza n. 225 del 1974. *Il Politico*, 1974.

- SCHEUNER, U. Der Bereich der Rundfunkfreiheit. Die Rundfunkfreiheit als institutionelle Sicherung der öffentlichen Meinungsfreiheit. *Rundfunk und Fernsehen*, cuad. 4, 1955.
- . Pressefreiheit. *VVDStRL*, v. 22, 1965.
- . *Recht-Staat-Wirtschaft*. 1953. v. 4.
- SCHMIDT, B. C. *Freedom of the press vs. public access*. New York: Praeger, 1976.
- SCHMIDT, W. *Ordnung des Rundfunks in Zeitalter des Satellitenfernsehens*. Cuad. 29, 1986.
- . Rundfunkfreiheit und Rundfunkgewährleistung. *ZPR*, 1980.
- SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. México: Ed. Nacional, 1970.
- SCHMITT GLAESER, W. Art. 5 Abs. 1 s.2 GG als “Ewigkeits-garantie” des öffentlich-rechtlichen Rundfunks — Zum Beschl. des BVerfG vom 24. März 1987 (“5. Fernseh-Entscheidung”). *DöV*, cuad. 19, 1987.
- . Das duale Rundfunksystem. Zum 4. Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4-11-1986. *DVBL*, 1987.
- . Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *AöR*, col. 113, cuad. 1, 1988.
- . Die Rundfunkfreiheit in der rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *AöR*, v. 112, cuad. 2, 1987.
- SCHNEIDER, H. P. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *Rev. Estudios Políticos*, n. 7, 1979.
- SCHNEIDER, J. P. Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional. In: *División de poderes e interpretación*. Ed. López Pina, A.
- SCHNEIDER, L. *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*. Berlin: Duncker-Humblot, 1983.
- SCHNUR, R. Die Krise des Begriffs der service publics im französischen Verwaltungsrecht. *AöR*, v. 79, 1954.
- . Pressefreiheit. *VVDStRL*, v. 22, 1965.

- SEEMANN, K. Das “Fünfte Rundfunkurteil” des Bundesverfassungsgerichts. Thesen und Perspectives. *DöV*, cuad. 19, 1987.
- . Das 4. Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts im Lichte der Rechtsauffassung der Bundesregierung. *DöV*, cuad. 4, 1987.
- . Die medienpolitische Situation nach dem 4. Rundfunkurteil. *ZRP*, 1987.
- SEPSTRUP, P. *Transnationalization of television in Western Europe*. London: John Libbey, 1990.
- SIGNITZER. *Regulation of direct broadcasting from satellite*. New York: Ed. Pareger, 1976.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- SMITH, A. *The geopolitics of information*. London: Faber and Faber, 1980.
- SMITH, D. *Communication via satellite, a vision in retrospect*. Boston: A. W. Jijthoff, 1976.
- SNODDY, R. Let the TV battle commerce. *Financial Times*, 21 abr. 1990.
- . Now for the deals. *Financial Times*, 19 dez. 1991.
- STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland; Allgemeine Lehren der Grundrechte*. München: Verl. C. H. Beck, 1988. v. 3.
- . El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. *Rev. del Centro de Est. Const.*, n. 1, 1989.
- STOCK, M. Das vierte Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts: Kontinuität oder Wende? *NJW*, cuad. 47, 1987.
- . *Ein Fragwürdiges Konzept dualer Rundfunksysteme*. Rundfunk und Fernsehen, 1987.
- . *Kommunikationsfreiheit ohne Medienfreiheit?* Rundfunk und Fernsehen, 1980.
- TEMPEST, A. & MIROIR, C. Les annonceurs et l’avenir de l’audiovisuel européen. In: *La guide de l’audiovisuel européen*. Bruxelles: Edimedia, 1991.

- TERRÓN MONTERO, J. Libertad de expresión y Constitución. *Documentación Administrativa*, n. 187, 1980.
- THAYER, J. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. New York: Pareger, 1983.
- THIBAU, J. *La France colonisée*. Paris: Flammarion, 1980.
- TOSATO, E. Note sulla disciplina costituzionale della televisione. *Rass. di Diritto Pubblico*, 1960.
- . Sul regime giuridico della televisione. In: *Scritti in onore di C. Mortati*. Milano: Giuffrè, 1977. v. 3.
- . Sul regime giuridico della televisione. In: *Scritti in onore di C. Mortati*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2.
- TRIBE, L. *American Constitutional law*. New York: Mineole, 1984.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 265 años de jurisprudencia 1959-1983*. Madrid: BJC Cortes Generales, 1983.
- TRUCHET, D. *Label de service public et status de service public*. AJDA, 1982.
- . Rapporto sulla situazione francese. In: P. BARILE, P. CARETTI, R. ZACCARIA et al. *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione 1986-1987*. Padova: CEDAM, 1988.
- TRUTE, H. H. & PFEIFER, A. Schutz vor Interessenkollisionen im Rundfunkrecht: Zu § NW LRG. *DöV*, cuad. 5, 1989.
- TUNSTALL, J. *Communications deregulation: the unleashing of america's communications industry*. Oxford, 1986.
- VARELA DÍAZ, S. Constitución, monopolio público y televisión. *Rev. D. Pol.*, UNED, n. 6, 1980.
- VIGNUDELLE, A. *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*. Rimini: Maggioli, 1983.
- VILLAR EZCURRA, J. *Servicio público y técnicas de conexión*. Madrid: CEC, 1980.
- VOGUEL, H. L. *Entertainment industry economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

VONLANTHEN, B. *Das Kommunikationsgrundrecht "Radio — und Fernsehfreiheit"*. Univ. Friburgo-Suiza, 1987.

WELLMAN, C. Judicial discretion and constitutional law. *Rachtstheorie*, v. 19, cuad. 2, 1988.

WOLF, J. *Medienfreiheit und Medienunternehmen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

WOLTON, D. Pourquoi une télévision publique? *Médiapouvoir*, n. 14, 1989.

YOSHIDA, C. Y. M. Atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na tutela do meio ambiente. O inquérito civil e a ação civil pública. *Revista de Direito*, São Paulo: Universidade Ibirapuera, n. 1, 1998.

———. Direitos e interesses individuais homogêneos: a origem comum e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no interesse de agir do Ministério Público. In: *Livro de Teses do 12º Congresso Nacional do Ministério Público*.

ZACCARIA, R. *Radiotelevisione e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1977.

ZALLO, R. *Economía de la comunicación y la cultura*. Madrid: Akal Comunicación, 1988.

———. *El mercado de la cultura*. Bilbao: Garcoa/Liburuak, 1992.

ZEHNER, G. (Ed.). *Der Fernsehstreit vor dem Bundesverfassungsgericht*. Karlsruhe, 1964-1965. 2. v.

REVISTAS ESPECIALIZADAS

Cable & Satellite: 1987-1990 (jan./jun.).

Journal of Communication: 1985-1989.

Sonovision: 1985-1989.

TV World: 1987-1990 (jan./maio).

What Satellite: 1989-1990 (jan./jun.)

Revista Brasileira de Direito da Comunicação Social e Liberdade de Expressão, Editora Fiuza, 2011 a 2013

Revista Brasileira de Direito Ambiental, Editora Fiuza, 2005 a 2013.

Derecho al olvido y la creación de derechos

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA¹

La red es hoy exponente definitivo de que el sueño de Borges de crear la “Biblioteca Universal” es posible y se ha hecho realidad. Todo absolutamente está en la red o va a estarlo a golpe de ratón. Hasta el infinito. La red informática todo lo tiene y todo lo retiene. Y desde luego, como genuina “memoria histórica”, también nuestra intimidad, nuestra imagen, nuestras acciones, también hasta nuestra personalidad, están ahí.

Y la red no se olvida. Tiene, como Funes el Memorioso, retentiva total, recordación permanente y que no perdona ni cancela. Lo que cae en su espacio, ahí queda y permanece “ad aeternum”.

Con lo cual, cualquier dato personal pasa a constituir un elemento que para siempre queda a disposición universal de cualquier curioso, aunque tales datos perjudiquen a quien se refiere y cuyos derechos de la personalidad se lesionen.

Los datos, pueden estar publicados informáticamente, bien porque se hayan incluido voluntariamente, bien porque resulte obligado hacerlo (por ejemplo, publicación en el B.O.E., de un indulto). Y como de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tales publicaciones tienen carácter oficial constituyen fuentes accesibles al público que se pueden consultar y utilizar sin el consentimiento del titular de tales datos. Y aumenta exponencialmente el problema cuando tales

1 Catedrático de Direito Público. Director do Departamento de Direito Público da Univesidad Complutense de Madrid.

datos ya figuran fuera de los periódicos oficiales y han pasado a ser noticia de prensa y demás medios.

Ante esta situación: ¿tenemos derecho a que “nos dejen en paz”, a que se “olviden de nosotros”? y ¿Cuándo y cómo podríamos ejercer ese derecho y en qué consiste? ¿Hay daños y perjuicios reclamables por el uso banal, ligero o malicioso de tales datos? ¿Y si, por el contrario, se buscan esos datos malos para un fin lícito, como tener un contraste de veracidad sobre una persona que aspira a que se la crea o que va a ejercer un puesto de responsabilidad o simplemente laboral?

Podríamos decir que el derecho al olvido consiste en lograr efectivamente que los datos personales de un sujeto de derecho no puedan ser localizables en la red. Si unos datos que fueron lícitamente publicados en un momento y que ahora se piensa que perjudican objetivamente a la persona, pueden encontrarse fácilmente, en segundos, en Internet, está apareciendo un nuevo derecho, todavía en germen, que protege el interés jurídico de la personalidad de dicho sujeto y que permite oponerse a la localización y difusión de tales datos. La era de la informática, vemos, está creando una nueva generación de derechos.

Obsérvese cómo entran en contradicción varios poderes, potestades y derechos, de distintos sujetos jurídicos. Así, de un lado, está el derecho a la intimidad, dignidad y específicamente el de protección frente a la informática. Sin embargo, por otro lado, está el propio principio de legalidad, que impone determinadas publicaciones (sanciones, indultos...), así como la transparencia y el propio derecho a la información.

Luego, complicando mucho la cuestión, habrá que distinguir entre el sujeto público (continua o esporádicamente noticioso) y el sujeto privado, así como si el medio de publicación es oficial y obligado o expresión pura del derecho a la información.

Una primera aproximación la dio la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2009, sobre el caso de un Abogado cuyos

nombres y apellidos coinciden casualmente con los de un delincuente indultado, por lo que el Letrado solicita responsabilidad patrimonial del Ministerio de Justicia por no haber cancelado el enlace que permitía dicha búsqueda, que según el demandante le ocasionaba un grave perjuicio patrimonial y profesional que cuantificaba. La Audiencia Nacional, niega la responsabilidad ya que existe una razón legal para soportar ese daño (los indultos han de ser publicados de acuerdo con la Ley de 1870) y además no se había probado realmente si había existido lesión.

Hay que decir que una cosa es publicar por imperativo legal y otra bien distinta es conservar para siempre tales datos. Así, la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe 0214/2010, establece que se incorporen técnicas (código norobot. Txt) para limitar la indexación del nombre y apellidos de una persona cuya sanción se publicó en un Diario Oficial. Indica la Agencia que *“dado que el interesado ya se ha dado por notificado de los mencionados actos administrativos, objetivo que se pretendía con su publicación en los citados diarios oficiales, por parte de la Diputación Provincial de Córdoba y la Diputación Provincial de Cádiz, se dictaran las órdenes oportunas para limitar la indexación del nombre y apellidos de DON... en los mencionados documentos mediante la incorporación de un código norobot. Txt., con objeto de que en el futuro los motores de búsqueda de Internet no puedan asociarlo al interesado”*

Y la Resolución de la AEPD R/01902/2010 en procedimiento TD/00800/2010, obliga al B.O.E., a evitar la indexación de los datos personales de quien así lo reclame *“con objeto de que en el futuro los motores de búsqueda de Internet no puedan asociarlas a la reclamante”*.

Y la Resolución TD/266/2007 (que hemos encontrado en inglés en la AEPD), indica taxativamente: *“A la luz de lo indicado, puede proclamarse que ningún ciudadano, que no tenga el status de personaje público o que no sea sujeto de noticias de relevancia pública, tiene que resignarse a soportar que sus datos personales circulen por*

la red sin poder reaccionar o corregir su inclusión ilegítima en un sistema universal de comunicación como Internet” Y a continuación, dicha resolución hace un balance entre las libertades de expresión e información, y la intimidad de la persona privada, para concluir a favor de esta última, indicando que tiene derecho a la cancelación de los datos.

Se trata de evitar la “cárcel de papel” o mejor, de bytes, en que podemos encontrarnos todos.

Ante la Audiencia Nacional, pionera en este orden jurídico en prácticamente todo el mundo, están planteados cinco casos en los que al final, se exige del buscador que cancele los enlaces con los datos personales, de manera que caiga en el olvido las noticias perjudiciales para una persona que así lo demande; lo cual, en Europa puede contar con simpatías enormes por el sujeto privado, si bien en Estados Unidos la solución puede ser bien distinta ya que esos datos se incorporan al mercado de búsquedas y al otro lado del Atlántico prima más este segundo aspecto basado no solo en la insobornable libertad de expresión e información, sino también en el libre mercado.

La Audiencia plantea así, al final, una cuestión prejudicial, teniendo que elegir entre los cinco casos indicados, unos de carácter público y otros privados.

La cuestión principal es procesal, ya que se trata de conocer si es la AEPD el organismo competente para obligar a los buscadores mundiales, como Google, a atender a las peticiones de los ciudadanos españoles cuando solicitan la cancelación, rectificación u oposición, de los datos, o si es la sede principal la que determina el foro y la jurisdicción.

En caso de que fuera competente la Autoridad española, ésta podría ordenar la cancelación de los enlaces, orientar los derechos en juego al menos en el plano técnico, proceder a sancionar en caso de incumplimiento de la Ley y de sus propias potestades, etc. Etc.,

Las Directivas aplicables son dos: la 95/46/CE sobre protección de datos (complementada por la Directiva 97/66CE hoy sustituida por

la 2002/58/CE y la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico. Ambas son la base de la denominada “Sociedad de la Información”.

Los “puntos de conexión” a favor de la competencia de la AEPD, son amplios y variados: registro del sitio, uso de nuestra lengua (y autóctonas); orientación de resultados al público español; rastreo con visitas a ordenadores situados en España; actividad promocional y publicidad específicamente española; servidores utilizados en nuestro país; usuarios españoles como recurso; aceptación de políticas de privacidad de dicha utilización en España: cookies o programitas de referencia dejados en los ordenadores españoles; categorías y pertinencia relevante según el mercado español; establecimiento y sede de filial también en España; papel significativo de información española en el tratamiento realizado en el buscador; venta de publicidad específicamente española.

Son pues múltiples los puntos de conexión que, entendemos, determinarían la competencia de la AEPD y la consecuente competencia de la Audiencia Nacional.

Si todos estos elementos, que se dan, acaban determinando la atribución de competencia a las Autoridades españolas, existiría apoyo en el artículo 8. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, protege “a toda persona”, con inclusión pues de los ciudadanos europeos que quedarían sin protección si un buscador convenciera a los Tribunales Europeos de que es la legislación de su sede principal (California) la única aplicable y por tanto la que determinaría también el foro y la jurisdicción. Pero entender que los buscadores son meros intermediarios, aunque inclusive en tal caso, (Sentencia Lindqvist del Tribunal de Justicia de 6/11/2003), ese dato sería irrelevante. Al igual que no es relevante que los datos sean públicos, ya que la Sentencia 16/12/08 Satakuna Markkinapörsi y Satamedia, C-73/07) indica que si no se aplicara al ámbito de lo público la intimidad protegida por la legislación de protección de datos, la Directiva quedaría vacía de contenido.

Son muchos los aspectos a considerar. Porque asimismo en el ámbito privado, donde no podrá en modo alguno cancelarse totalmente los datos negativos, al menos sí que resulta exigible el principio de la integridad, veracidad y realidad completa informativa. Esto es, si se publica una noticia, podría obligarse al buscador a que el enlace, persistentemente, condujera siempre a la noticia completa, que en muchas ocasiones puede ser favorable (por ejemplo, que se publique que existe un juicio por imprudencia y luego resulte absuelto: sería obligado conducir a la absolución, parte esencial de la noticia sobre la persona).

En fin, se abre un campo apasionante a este nuevo derecho, en el que los Tribunales Españoles están haciendo noticia en todo el mundo. ¡ Y esperemos que esta buena noticia, no caiga en absoluto en el olvido! Nuestros Tribunales y Autoridades Administrativas, cuando lo hacen bien, tienen que ser colocadas donde corresponde, en este caso, en el primer lugar de la protección jurídica ante un nuevo derecho, del que desde luego, no hay que olvidarse.

ANEXOS

- I. POSICIÓN DEL ESTADO A TRAVÉS DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE LA UNIÓN EUROPEA.
- II. AUTO DE LA AUDIENCIA NACIONAL PLANTEANDO LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

ANEXO I

Núm. Abogacía.- 6684/2008

Núm. Sección.- 1/594/2008

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL (SECCIÓN PRIMERA)

EL ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que por Ley ostenta en el recurso de referencia, ante la Sala comparece y DICE:

Que se le ha dado traslado de la providencia de la Sala de 25 de febrero de 2011, y dentro del plazo concedido al efecto formula las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- En relación con el posible planteamiento de una Cuestión Prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del art. 267 TFUE, trasladado por la Sala a las partes para que formulen alegaciones, esta representación manifiesta que considera improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial.

En primer lugar, dicho planteamiento no se considera pertinente, porque para la resolución del presente recurso es más que suficiente la normativa legal existente en España, tal y como reiteradamente se ha puesto de manifiesto a la Sección a la que nos dirigimos, derivada tanto del contenido de las resoluciones impugnadas, los escritos de contestación a la demanda, y como se puso de manifiesto en la vista celebrada el 19 de enero de 2011.

En análogos términos, y para un supuesto que podemos calificar de análogo existente en nuestro ordenamiento jurídico, se ha manifestado el Tribunal Constitucional. Así es doctrina del Tribunal Constitucional, ratificada en su reciente sentencia 115/2009, de 18

de mayo, que “el art. 35.1 LOTC exige que la norma con rango de Ley de la que tenga dudas un Juez o Tribunal debe ser «aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo». Es decir, la norma cuestionada debe superar el denominado «juicio de relevancia», o lo que es lo mismo, la justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de su validez, habida cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la Ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita “.

Si se realiza en el presente recurso ese “juicio de relevancia”, que podemos entender como presupuesto del planteamiento de la cuestión prejudicial, ha de concluirse que, para enjuiciar el supuesto concreto, la normativa nacional existente con creces sería más que suficiente para resolver las cuestiones planteadas. Ello es así por los siguientes motivos:

Primero.- La vinculación de la dignidad con otros derechos y en especial con intimidad personal y familiar, honor y familiar es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional véanse, entre otras, las SSTC 64/1986, 197/1991, 214/1991, 20/1992, 242/1992, 336/1993 y 176/1995. Es más en palabras del propio Tribunal Constitucional «el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el art. 18. C.E. aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la “dignidad de la persona” que reconoce el art. 10 C.E.”

El derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado». Así el TC en STC 254/1993 Fundamento Jurídico sexto señala al respecto:

«Dispone el art. 18.4 C.E. que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en si mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la «informática».

Segundo.- Y es en este marco donde tanto la LOPD como su normativa de desarrollo amparan y legitiman la actuación de la Agencia Española de Protección de Datos. Para todas las cuestiones planteadas la normativa de aplicación y legitimaría el requerimiento efectuado a la sociedad recurrente vendría determinada por:

El artículo 18.1 de la LOPD señala que *“Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine”*.

El artículo 16 regula el derecho de rectificación y cancelación:

1. *El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días.*

2. *Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.*

3. *La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.*

4. *Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.*

5. *Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado.*

El artículo 17 de la LOPD regula el procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación:

1. *Los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente.*

2. *No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación.*

La vigente LOPD incorpora el derecho de oposición, trasponiendo la Directiva 95/46/CE. A tal efecto, el artículo 6.4, que establece una previsión general, según el cual “En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, este podrá oponerse al su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una situación concreta. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.”.

El Real Decreto 1720/2007 regula la materia en los artículos 34 y 35, al disponer:

Artículo 34: Derecho de oposición

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.

b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este Reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.

c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este Reglamento.

Artículo 35: Ejercicio del derecho de oposición

1. El derecho de oposición se ejercitará mediante solicitud dirigida al responsable del tratamiento.

Cuando la oposición se realice con base en la letra a) del artículo anterior, en la solicitud deberán hacerse constar los motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican el ejercicio de este derecho.

2. El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de oposición en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En el caso de que no disponga de datos de carácter personal de los afectados deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo.

3. El responsable del fichero o tratamiento deberá excluir del tratamiento los datos relativos al afectado que ejercite su derecho de oposición o denegar motivadamente la solicitud del interesado en el plazo previsto en el apartado 2 de este artículo.

En el presente caso, hecho éste no controvertido, ha quedado suficientemente acreditado, que el reclamante solicitó de Google Spain cancelación de sus datos personales, no recibiendo en ningún supuesto una respuesta motivada por Google Spain, a pesar de ser ésta una obligación legal para la misma, como hemos acreditado anteriormente.

El incumplimiento por parte de Google Spain, de dicha obligación, legítima en todos sus extremos la resolución recurrida, y la competencia de la Agencia de Protección de Datos para conocer de la reclamación por la actuación de dicha entidad contraria a los preceptos de la normativa invocada.

Es decir, el reconocimiento y protección de este “derecho al olvido” tal y como ha sido llamado en diferentes formas se encuentra más que amparado y regulado por las normas de protección de nuestras normas nacionales invocadas y citada. Las medidas de control frente a todos y cada uno de los buscadores existentes hoy día, encuentra su amparo legal en nuestras leyes internas de protección de datos, siendo más que suficientes las medidas de control establecidas y entre ellas, la que es objeto del presente pleito.

Por lo tanto para esta representación procesal no existen dudas sobre la conformidad a derecho de la actuación de la AEPD, no sólo con el Derecho español, sino también con el Derecho de la UE.

No obstante lo anterior y a la vista de que la Sala ha propuesto el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales idénticas en cinco procedimientos diferentes, esta Abogacía del Estado considera que debería defenderse ante el órgano judicial la conveniencia de que se limitase el número de procedimientos en los que plantear las diferentes cuestiones. Los antecedentes de hecho del caso concreto

pueden tener una gran influencia en la sentencia que en su día dicte el TJUE. Por ello, aportar los antecedentes de 5 casos con 5 interesados distintos únicamente contribuiría a generar confusión y hacer más difícil a todos los intervinientes y a los propios jueces europeos la resolución del asunto.

Asimismo debe decirse que, si bien en los casos en que se plantean por un mismo órgano judicial nacional, similares cuestiones en procedimientos diferentes, lo habitual es que el TJUE acumule todos los asuntos, sin embargo ello no es así, cuando existe cierta separación temporal en el planteamiento de las cuestiones ante el TJUE. En estos casos el TJUE suele tramitar con separación la primera cuestión prejudicial planteada, suspendiendo la tramitación de los demás asuntos. Una vez dicta sentencia, suele resolver los asuntos suspendidos por medio de auto, sin dar traslado ni a las partes ni a los Estados miembros y recordando la jurisprudencia que deriva de la primera sentencia dictada. Con ello se pone de manifiesto la preferencia del TJUE por centrar los asuntos, así como de evitar la confusión que supone contar con distintos hechos de distintos procedimientos de origen.

Por otra parte, debe recordarse que el planteamiento de la cuestión prejudicial permite a las partes en los procesos nacionales (y por tanto, no sólo a Google y a la AEPD, sino también a los distintos code mandados en estos procesos) acudir ante el TJUE, tanto para formular observaciones escritas, como para intervenir en la vista oral. Por ello en la elección por la Sala del/los procedimiento/s en el/los que se plantee/n la cuestión debe tenerse en cuenta esta circunstancia.

En coherencia con lo anterior esta representación procesal solicita el planteamiento de una sola cuestión prejudicial; y en atención a las cuestiones objeto de debate del presente procedimiento entendemos que por los intereses afectados sería procedente su elección por el siguiente orden, en los cinco casos seleccionados:

Primero: PO 1/86/2009. Reclamante D..... Funcionario de Instituciones Penitenciarias.

El reclamante solicitó a Google Spain S.L el derecho de oposición de conformidad con lo previsto en los artículos 6,4,17 y 30.4 de la LOPD, con fecha 23 de abril de 2008. Sus datos personales aparecían localizados en el Boletín Oficial del Estado de fechas 10 de marzo de 1998 y 9 de junio de 1996 y en las resoluciones de 11 de febrero de 1998 y 12 de junio de 1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Solicitó de Google que retirara los enlaces que llevaban desde su nombre hacia los BOE en los que se le mencionaba.

Fundamentaba su solicitud, en que según el artículo 6.4 de la LOPD existen motivos fundados y legítimos relativos a su situación personal para “la evitar la difusión pública desproporcionada de unos datos de carácter personal unido a un hecho de rechazo social, como es una sanción disciplinaria, así como al conocimiento de los mismos por elementos de la banda terrorista ETA, de la que los Funcionarios de Instituciones Penitenciarias somos objetivos”. El funcionario pretendía evitar que la banda terrorista ETA tuviera conocimiento de sus datos.

Segundo caso alternativo a plantear: PO 1/594/2008. Reclamante D..... Empresario.” Empresa de Servicios y consultoría David S.L”.

En análogos términos solicitó de Google Spain S.L. que retirase de su buscador los enlaces que los remitían a las páginas del Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, donde se comunicaba una sentencia contra él. (Anuncio en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña que consta publicado en el n.º 4417, página 19.923, de 1 de julio de 2005, que recoge literalmente el edicto del Juzgado de Primera Instancia n.º 46 de Barcelona, sobre actuaciones de juicio de procedimiento ordinario.

Afirma el solicitante para el ejercicio del derecho de oposición que aquel fue un hecho aislado, y además ya pagado en su totalidad.

El empresario reclamaba que se retirasen los enlaces vinculados a su nombre ya que ello le origina un perjuicio moral y económico a la hora de buscar trabajo, realizar cualquier transacción privada o comercial con cualquier empresa o en su formación continuada al relacionarse con los centros donde había estudiado, etc

Tercer caso alternativo a plantear: P.O 1/309/2009. Reclamante D..... Ejercitó ante Google Spain S.L el derecho de oposición de sus datos personales que aparecen localizados en el Boletín Oficial de las Islas Baleares de fecha 9 de junio de 2001, número 69, manifestando que la información publicada hace referencia a una notificación para el cumplimiento de una sanción administrativa que ya fue debidamente cumplida en tiempo y forma. Alegaba como motivos fundados y razonados el motivo de la sanción y la relación en particular con el ejercicio de su actividad profesional. Además dicha sanción fue cumplida mucho tiempo antes (más de dos años) de interponer su reclamación inicial.

Cuarto caso alternativo a plantear: P.O 1/212/2009. Reclamante. D..... Datos publicados en el periódico El País.

D..... solicitó a Google Spain S.L el derecho de oposición de conformidad con lo previsto en los artículos 6,4,17 y 30.4 de la LOPD.

Con fecha 20 de junio de 2008, el reclamante ejercitó el derecho de oposición de sus datos personales que aparecen publicados en el diario El País el día 28 de octubre de 1991, indicando que existen motivos fundados por tratarse de manifestaciones falsas que perjudican su buen nombre personal, y profesional, para evitar la difusión pública desproporcionada de unos datos de carácter personal. La noticia de 1991 hacía referencia a una imprudencia temeraria cometida por el reclamante, una acusación de la que saldría absuelto dos años después. Los efectos de la noticia le ocasionaría unos grandes perjuicios en su esfera personal, laboral, económica y moral, en atención a su actividad profesional.

Quinto caso alternativo a plantear: P.O 1/211/2009. Reclamante D^a.....

D^a..... solicitó a Google Spain S.L el derecho de oposición de conformidad con lo previsto en los artículos 6,4,17 y 30.4 de la LOPD.

Con fecha 21 de noviembre de 2006, el reclamante ejercitó el derecho de oposición de sus datos personales que aparecen localizados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de marzo de 2005, indicando que existen motivos fundados por tratarse de manifestaciones que perjudican su buen nombre personal, y profesional, para evitar la difusión pública desproporcionada de unos datos de carácter personal.

SEGUNDA.- No obstante, las precisiones anteriores, para el supuesto que la Sección a que nos dirigimos entendiéndose que es procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, por esta Abogacía del Estado, se procederá a realizar una serie de cuestiones unas de carácter general (relativas a la forma de planteamiento de la cuestión) y otras alegaciones relativas a cada una de las cuatro cuestiones planteadas.

– Generales:

UNO.- Con carácter general hemos de señalar en relación a la sistemática empleada por el órgano judicial para estructurar las cuestiones, que no resulta conveniente tratar conjuntamente las cuestiones relativas a la interpretación de la Directiva 95/46/CE y a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Ese tratamiento conjunto introduce cierta confusión en el debate que pueda tener lugar ante el TJUE y además en este caso, no parece estar justificado tampoco desde un punto de vista jurídico.

No podemos olvidar que el considerando 14 de la Directiva 2000/31/CE establece que “la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal se rige únicamente por la Directiva 95/46/CE ... y la Directiva 97/66/CE (hoy Directiva 2002/58/CE) ..., que son enteramente aplicables a los servicios de la sociedad de la información. Dichas Directivas establecen ya un marco jurídico comunitario en materia de datos personales y, por tanto, no es necesario abordar este aspecto en la presente Directiva para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, en particular la libre circulación de datos personales entre Estados miembros. La aplicación y ejecución de la presente Directiva debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, en particular en lo que se refiere a las comunicaciones comerciales no solicitadas y a la responsabilidad de los intermediarios, la presente Directiva no puede evitar el uso anónimo de redes abiertas como Internet”. Asimismo el artículo 1.5 b) de la Directiva 2000/31/CE dice que “la presente Directiva no se aplicará (...) a cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE”.

Por ello parece conveniente separar las cuestiones que se refieren a la interpretación de la Directiva de protección de datos y las que afectan a la Directiva sobre la sociedad de la información. Y en este sentido lo más claro sería dedicar las primeras cuestiones a la primera Directiva, reservando para el tema de la Directiva de sociedad de la información la última o últimas cuestiones.

DOS.- Conviene advertir sobre la conveniencia, en la medida de lo posible, de reformular las preguntas para que presenten un carácter inequívocamente interrogativo, aún mayor de la que presentan en el texto de la providencia notificada. **En este sentido se incluye al final de este escrito una propuesta de redacción concreta de cada una de las cuestiones sugeridas.**

– Particulares sobre las distintas cuestiones propuestas.

A) La aplicabilidad al presente supuesto, por razones de territorialidad, de la Directiva 95/46/CE.

En relación con esta cuestión, sería deseable centrar la pregunta en los concretos artículos de la Directiva 95/46/CE de los que se desprende su aplicación a las actividades de Google.

Así, la Directiva 95/46/CE establece en su artículo 4, apartado 1, que “los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que hayan aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando: a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro... c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea”.

Google Spain, desarrolla una actividad consistente en promocionar, facilitar y/o procurar la venta de productos y/o servicios de publicidad on-line a través de internet para terceros en España. En la medida en que dicha actividad implica cierto tratamiento de datos la aplicación de la Directiva debe producirse, al amparo del artículo 4, apartado 1, letra a) de la Directiva.

Sin perjuicio de lo anterior, Google Inc., como empresa que gestiona el sitio web www.google.es, debe ser en todo caso considerado como un responsable que recurre a medios situados en España. Tal y como afirma la demandante, las visitas que se hacen al sitio web www.google.com desde ordenadores conectados a internet en España se dirigen al sitio web www.google.es. Éste es un sitio registrado bajo un dominio español (por la entidad española Red.es), que utiliza el castellano (con posibilidad de empleo del catalán, euskera y gallego) y cuyos resultados de búsqueda están específi-

camente dirigidos al público español. Asimismo la labor de rastreo que hace posible el funcionamiento del buscador implica la visita a numerosos servidores ubicados en territorio español de los que se extrae información en su mayor parte en español, que da respuesta a las búsquedas de ciudadanos españoles. Finalmente el empleo de ordenadores situados en España por los usuarios de Google también constituye un recurso a medios en España. Por todo ello parece claro que en todo caso se recurre a medios situados en el territorio español.

Este análisis se encuentra en línea con el “Dictamen sobre cuestiones de protección de datos en relación con buscadores”, (Dictamen sobre cuestiones de protección de datos en relación con buscadores” de 4 de abril de 2008, WP 148, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29) en el cual se ha establecido, por un lado, que “si un establecimiento nacional se ve implicado en el tratamiento de datos de los usuarios, se le aplica el artículo 4 (1) (a) de la Directiva”, y por otro, que “los buscadores que recurren a medios en el territorio de un Estado miembro (EEE) para el tratamiento de datos personales también se encuentran dentro del ámbito de la legislación en materia de protección de datos del Estado miembro”.

Durante la sustanciación de este procedimiento, se ha probado y acreditado que el tratamiento de datos de carácter personal asociado al servicio de búsqueda GOOGLE utiliza siempre medios situados en territorio español con fines distintos del mero tránsito. El buscador hace uso de las cookies que se almacenan en los ordenadores de los usuarios y los servidores de contenidos a los que los robots previamente han solicitado información para elaborar los índices, los cuales son claramente considerados como “medios” por el GT29. De acuerdo con la información que el propio GOOGLE facilita en su sitio web (<http://www.google.es/privacy/ads/>), estos ficheros se utilizan por el buscador “para interpretar los tipos de páginas visitados o el contenido visualizado”. La compañía ha reconocido que “En función de esta información, Google asocia el navegador con categorías de interés relevantes y las utiliza para mostrar anuncios basados en intereses.”

En consecuencia, los resultados de las búsquedas realizadas desde territorio español están en todo caso condicionados por el contenido de esos ficheros.

Es más en materia de PUBLICIDAD Y PRIVACIDAD-USO DE COOKIES, el propio GOOGLE reconoce para la Red de Display de Google, que:

“Google puede insertar dichas cookies en el navegador para interpretar los tipos de páginas visitados o el contenido visualizado. En función de esta información, Google asocia el navegador con categorías de interés relevantes y las utiliza para mostrar anuncios basados en intereses”

Pero es que a mayor abundamiento, el establecimiento de GOOGLE en España (GOOGLE SPAIN, S.L., con domicilio en la plaza Pablo Ruiz Picasso, n.º 1, de Madrid) desempeña un papel significativo en el tratamiento realizado por el buscador, tal y como quedó acreditado en la pericial practicada en este proceso, no rebatida en ningún momento por el demandante. Por ello el tratamiento asociado al servicio de búsqueda se efectúa en el marco de las actividades del establecimiento de GOOGLE en España.

La Agencia tiene constancia y así se ha acreditado a lo largo del procedimiento de que GOOGLE participa en la venta de publicidad que está directamente relacionada con el servicio de búsqueda y que está específicamente destinada a los habitantes del territorio español.

En este sentido, dada la actividad de Google, parece que la solución de este asunto, desde el punto de vista del Derecho de la UE entra en el ámbito material de aplicación de la Directiva 95/46 por aplicación de sus artículos 4, apartado 1, letra a) y 4 apartado 1, letra c).

Sin perjuicio de lo anterior existe otra norma de Derecho de la UE que sería conveniente mencionar en la cuestión prejudicial. Se trata del artículo 8, apartado 2, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En este artículo se dispone que “Estos datos se tratarán de modo legal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento

de la persona afectada, o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación”.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha concedido a la Carta, por aplicación del artículo 6.1 TUE, el mismo valor jurídico que a los Tratados. El derecho a la protección de datos es reconocido ahora por el artículo 8, apartado 1 de la Carta a “toda persona”, lo que obviamente incluye a los ciudadanos europeos. Éstos se verían privados de su derecho si se interpretasen los artículos 4, apartado 1 letra a) y letra c) de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que la circunstancia de que Google invoque su establecimiento principal en un tercer Estado permite excluir a dicha empresa del ámbito de aplicación de la Directiva. A nuestro juicio esa interpretación sería contraria al artículo 8 de la Carta que persigue proteger a toda persona, pero especialmente a los ciudadanos europeos de todo tratamiento ilícito de los datos que les conciernen, con independencia del lugar de establecimiento del responsable.

Por todo lo anterior parece conveniente reformular la cuestión para que se refiera a los concretos artículos de la Directiva relativos a su aplicación territorial incluyendo además una remisión al artículo 8, apartado 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Como se ha dicho antes, al final de este escrito se incluye una concreta propuesta en este sentido.

B) Si la actividad de GOOGLE, como buscador de contenidos de terceras personas, puede considerarse un tratamiento de datos tal como lo define el artículo 2.b) de la Directiva 95/46. En caso afirmativo, si GOOGLE debe garantizar los derechos de cancelación y oposición mencionados en los artículos 12.b y 14.a de la citada Directiva. Asimismo, si la solicitud del interesado puede ampararse en el derecho de oposición del citado artículo 14.a en relación con el artículo 7 letras e) y f) de la citada Directiva.

1º) Según la jurisprudencia del TJUE “en cuanto al concepto de «tratamiento» de dichos datos que utiliza el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46, éste comprende, con arreglo a la definición del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales». Esta última disposición enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole”. (sentencia de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01, Rec, p. I-12971, apartado 25).

Desde este punto de vista y en la medida en que la actividad de Google consiste en hacer referencia en su página web a datos que, como en este caso, tienen carácter personal, su actividad debe calificarse como tratamiento a efectos de lo dispuesto en los artículos 2, letra b) y 3, apartado 1, de la Directiva 95/46.

La circunstancia de que Google califique su actividad como de “buscador” en el sentido de que sólo “intermedia” contenidos suministrados por terceras personas es irrelevante para la aplicación a su actividad del concepto de tratamiento. Por una parte, esa actividad de “buscador” o de “intermediación” carece de una previsión específica de exclusión en la Directiva 95/46 y, por otra parte, la definición del artículo 2, letra b) es lo suficientemente amplia (“cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos”), como para que la actividad de Google deba entenderse incluida en el concepto de tratamiento que emplea la Directiva.

Por lo que respecta a la cuestión de que se trate de datos ya publicados con anterioridad, debe recordarse que según la jurisprudencia “una excepción general a la aplicación de la Directiva en favor de datos publicados dejaría esta última en gran medida vacía de contenido. En efecto, bastaría con que los Estados miembros publicaran

los datos para que quedaran sustraídos a la protección prevista por la Directiva”. (sentencia de 16 de diciembre de 2008, Satakunnan Markkinapörssi y Satamedia, C- 73/07, Rec. p. I-7075, apartado 48).

Más allá de la reformulación de la cuestión que se incluye al final de este escrito, sería quizás conveniente que en el auto de planteamiento de la cuestión se hiciese referencia a esta jurisprudencia concreta del TJUE para enmarcar debidamente la cuestión.

2º) En cuanto a “si GOOGLE debe garantizar los derechos de cancelación y de oposición mencionados en los artículos 12.b y 14.a de la citada Directiva”, lo primero que debe señalarse es que realmente, según estos 2 artículos, es el Estado quien debe garantizar el derecho al interesado (tal y como por otra parte ocurrió en este caso).

En el artículo 12, letra b), se dispone que “los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento...b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos”, mientras que en el artículo 14, letra a) se señala que “los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a ...a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos”.

Dado lo señalado hasta aquí puede afirmarse que ambos preceptos son susceptibles de ser aplicados a este caso. La relación entre estas dos disposiciones ha sido reflejada en alguna ocasión por la jurisprudencia. En el asunto Rijkeboer, el TJUE señaló que “El artículo 12, letra a), de la Directiva, contempla un derecho de acceso

a los datos principales y a la información sobre los destinatarios o las categorías de los destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos. El citado derecho de acceso es indispensable para que el interesado pueda ejercer los derechos que se contemplan en el artículo 12, letras b) y c), de la Directiva, a saber, en su caso, cuando el tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la misma, obtener del responsable del tratamiento de los datos, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos [letra b)], o que proceda a notificar a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos, toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado, si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado [letra c)]. El derecho de acceso es, igualmente, condición necesaria para el ejercicio por el interesado del derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales, contemplado en el artículo 14 de la Directiva, como lo es para el derecho a recurrir por los daños sufridos, previsto en los artículos 22 y 23 de ésta”. (sentencia de 7 de mayo de 2009, Rijkeboer, C-553/07, Rec, p. I-3889, apartado 50, 51 y 52).

Debe advertirse que si finalmente la aplicación de la Directiva a este supuesto se hace al amparo del artículo 4, apartado 1, letra a), entonces Google Spain será la responsable del tratamiento. Por el contrario, si la aplicación de la Directiva se hace al amparo del artículo 4, apartado 1, letra b), entonces el responsable sería Google Inc. No obstante lo anterior debe recordarse que de conformidad con el artículo 4, apartado 2 de la Directiva en este caso “el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”. Por ello en opinión de la AEPD Google Spain debe ser considerado en este caso representante de Google Inc en España, como ya lo es ya para otras actuaciones ante la AEPD, según el propio demandante lo reconoce.

En todo caso debe reiterarse que los derechos que al interesado reconoce la Directiva deben ser respetados por Google, estando el

Estado miembro obligado a garantizar esos derechos y la pregunta debería reformularse en este sentido, tal y como se hace al final de este escrito.

3º) Por último, respecto a “si la solicitud del interesado puede ampararse en el derecho de oposición del citado artículo 14.a en relación con el artículo 7 letras e) y f) de la citada Directiva”, la primera precisión es que no parece correcto integrar el supuesto que nos ocupa en el ámbito de aplicación del artículo 7, letra e) de la Directiva. En este artículo se dispone que “los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si...e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos”. No habiéndole sido conferido a Google Inc, ni a Google Spain poder público alguno, ni teniendo atribuido el cumplimiento de una misión de interés público, no parece que dicho precepto le pueda resultar de aplicación al caso que aquí se trata. En este sentido se propone a la Sala que no incluya este precepto en la cuestión prejudicial a plantear.

En cuanto al artículo 7, letra f) de la Directiva, en el mismo se dispone que “los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si...f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”, por lo que el mismo sí podría resultar de aplicación.

Desde este punto de vista el artículo 14, letra a) de la Directiva señala que “los Estados miembros reconocerán al interesado el derecho a...a) oponerse, al menos en los casos contemplados en las letras e) y f) del artículo 7, en cualquier momento y por razones legítimas

propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de tratamiento, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de oposición justificada, el tratamiento que efectúe el responsable no podrá referirse ya a esos datos”.

El Considerando 45 de la Directiva explica que “cuando se pudiera efectuar lícitamente un tratamiento de datos por razones de interés público o del ejercicio de la autoridad pública, o en interés legítimo de una persona física, cualquier persona deberá, sin embargo, tener derecho a oponerse a que los datos que le conciernan sean objeto de un tratamiento, en virtud de motivos fundados y legítimos relativos a su situación concreta; que los Estados miembros tienen, no obstante, la posibilidad de establecer disposiciones nacionales contrarias”;

La aplicación de este artículo exige por ello que el órgano judicial haga explícito en el auto de planteamiento cuáles son los motivos fundados y legítimos relativos a la situación concreta del interesado o de los interesados que justifican su derecho de oposición, para que el TJUE pueda resolver adecuadamente sobre la cuestión. Aunque en opinión de la AEPD corresponde al órgano judicial nacional hacer la comparación de intereses a que se refiere el artículo 7, letra f) de la Directiva, es decir, a pesar de que el órgano judicial nacional es el competente para aplicar el artículo 7, letra f) de la Directiva, sin embargo parece conveniente que el TJUE cuente con los antecedentes adecuados para pronunciarse sobre el asunto. En este sentido se recuerda la propuesta hecha anteriormente de que se elija, de entre todos los procedimientos en los que actualmente es posible el planteamiento de la cuestión, el más representativo y de que sólo se plantee la cuestión en ese proceso.

También sería conveniente reformular la cuestión para reflejar que al amparo del artículo 7, letra f) de la Directiva es el interés prevalente del interesado lo que justifica su derecho de oposición, tal y como hacemos al final de este escrito.

C) Si la AEPD, al amparo del artículo 28.3 párrafo segundo de la Directiva 95/46/CE puede requerir a GOOGLE para que cancele o bloquee la información, aun cuando su mantenimiento en la página de origen sea lícita, pero el solicitante considere que su aparición en los resultados de búsqueda atenta a su privacidad, dignidad o al derecho al olvido.

Respecto del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 95/46/CE, cabe decir que efectivamente, en su calidad de autoridad de control, la AEPD, dispone, entre otros, de los poderes efectivos de intervención a los que se refiere el segundo guión de dicho apartado. Entre estos poderes se encuentra el de ordenar el bloqueo, supresión o destrucción de datos o el de prohibir provisional o definitivamente un tratamiento. La circunstancia de que el mantenimiento en la página de origen sea lícita no afecta a esta cuestión, en la medida en que el poder de intervención se dirige contra Google, en calidad de responsable del tratamiento de los datos.

A juicio de esta Abogacía esta cuestión no plantea dudas, desde el punto de vista de la Directiva, por lo que a nuestro juicio sería conveniente suprimirla. En todo caso, si se decide mantenerla, convendría reformularla para que presentase un carácter interrogativo.

D) Si la AEPD, en relación con las citadas Directivas, puede requerir directamente al buscador, sin dirigirse previa o simultáneamente al webmaster para exigir la retirada de la información.

Debe recordarse que los interesados en este procedimiento han dirigido su petición de cancelación únicamente contra Google y no contra el webmaster. Es muy importante que el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial subraye este hecho, ya que la AEPD actúa en todo caso a instancias del interesado. Si el interesado no se dirige contra la página en la que figura el dato en origen, la AEPD tampoco puede hacerlo. Es muy importante que el TJUE tenga la certeza de que estos interesados no se han dirigido contra el webmaster, sino exclusivamente contra el buscador.

Tal y como se ha explicado con anterioridad, de los artículos 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE resulta que el Estado debe garantizar el derecho del interesado a la rectificación o a la oposición frente al responsable del tratamiento. El Estado miembro sin embargo no puede imponer a terceros determinadas actuaciones, cuando el propio interesado no se ha dirigido frente a ellos. La Directiva no contempla una actuación de este tipo.

A nuestro juicio esta cuestión también está clara, luego no debería plantearse. No obstante, para el caso de que se decida hacerlo, debería sugerirse la interpretación de algún precepto en concreto de la Directiva. Dado que de lo que se trata es de poner de manifiesto es que los procedimientos desarrollados por las autoridades nacionales de protección de datos s inician por solicitud del interesado, quizás el precepto más adecuado para formular la cuestión sería el artículo 28, apartado 4, párrafo primero, en el que se dispone que “toda autoridad de control entenderá de las solicitudes que cualquier persona, o cualquier asociación que la represente, le presente en relación con la protección de sus derechos y libertades respecto del tratamiento de datos personales. Esa persona será informada del curso dado a su solicitud”. Por ello la pregunta debería reformularse en caso de plantearse para hacer referencia a la interpretación de este precepto.

E) Sobre la Directiva de comercio electrónico.

La aplicación la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), a los buscadores plantea una problemática especial.

Resumidamente la Comisión considera que los motores de búsqueda no aparecen regulados en el marco armonizado que la misma persigue, pero los Estados miembros pueden, dentro del margen de maniobra que la propia Directiva les otorga en las materias no

reguladas expresamente por la misma, adoptar normas específicas en relación con los buscadores, sin que dichas normas puedan considerarse contrarias a la propia Directiva, sino por el contrario, beneficiosas para el adecuado desarrollo del mercado interior. Esta posición se desprende del Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), de 21 de noviembre de 2003 (documento COM (2003) 702 final) (Documento n.º 1 que se acompaña con este escrito).

Esto produce la importante consecuencia de que no en todos los Estados miembros los motores de búsqueda se consideran prestadores de servicios de la sociedad de la información, a pesar de que en España así sea, tal y como la Directiva permite.

Por otra parte los artículos 12 a 14 de la Directiva establecen un régimen de responsabilidad específico y limitado para los prestadores de servicios de intermediación, entre los que se encontrarían los motores de búsqueda. Aclara el considerando 40 que “La divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia. En algunos casos, los prestadores de servicios tienen el deber de actuar para evitar o poner fin a actividades ilegales. Lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella; convendría que estos mecanismos se elaborasen tomando como base acuerdos voluntarios negociados entre todas las partes implicadas y fomentados por los Estados miembros”.

En ese sentido debe decirse que la Directiva sí obliga a los Estados miembros a prever un régimen de responsabilidad específico y limitado para los buscadores. Y en este sentido una cuestión previa que podría tener interés en el presente caso no es si la Directiva 2000/31/CE resulta de aplicación a los motores de búsqueda en Internet, sino si el marco establecido por la citada Directiva habilita a los Estados miembros a aplicar las reglas de responsabilidad de los artículos 12 a 14 a los motores de búsqueda. En resumen, si es conforme al Derecho de la UE, y en particular a la Directiva 2000/31/CE, la normativa de un Estado miembro que establezca para los motores de búsqueda un régimen similar al establecido en los artículos 12, 13 ó 14 de la Directiva.

Pero en todo caso debe recordarse que el artículo 13, apartado 2 de la Directiva 2000/31 dispone que “el presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla”, mientras que el artículo 14, apartado 3 de la misma establece que “el presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos”.

En este sentido parece claro que la actuación de la autoridad de española de protección de datos queda amparada por el artículo 13, apartado 2, o, en su caso, artículo 14, apartado 3 de la Directiva 2000/31 y que la pregunta a formular debiera hacerse en relación con esto preceptos, ya que en todo caso nos encontramos ante una actuación de una autoridad nacional de protección de datos al amparo de la Directiva 95/46 y no ante una actuación de una autoridad administrativa por la comisión de infracciones del régimen establecido por la Directiva de la sociedad de la información.

La jurisprudencia del Tribunal ha reconocido recientemente la aplicación del artículo 14 de la Directiva 2000/31 a los buscadores, en concreto, a Google France. Se trata de asunto Google France (sentencia de 23 de marzo de 2010, Google France, C-236/08 a C-238/08, todavía no publicada, apartados 109 y 110) en el que el TJUE ha declarado que “la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se aplica en caso de «un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio» y significa que el prestador de tal servicio no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a menos que, tras llegar a su conocimiento, gracias a la información recibida de un perjudicado o de otro modo, la ilicitud de estos datos o de las actividades del destinatario, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”, por lo que “tal como se ha indicado en los apartados 14 y 15 de la presente sentencia, el legislador engloba en el concepto de «servicio de la sociedad de la información» los servicios prestados a distancia, mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios y normalmente a cambio de una remuneración. Teniendo en cuenta las características del servicio de referenciación controvertido en los asuntos principales, resumidas en el apartado 23 de la presente sentencia, debe llegarse a la conclusión de que reúne todos los elementos de dicha definición”.

En esa ocasión se trataba de interpretar el artículo 14 de la Directiva, porque lo que se analizaba era, tal y como consta en los apartados 22 y 23 la sentencia, el servicio remunerado de referenciación denominado “AdWords”, adicional al propio motor de búsqueda de Google. Por ello la cuestión se planteó en relación con el almacenamiento de datos previsto en el artículo 14.

En este caso sin embargo, dado que lo que se analiza es la actividad de Google en tanto que motor de búsqueda, parece conveniente que la cuestión se plantee también respecto del artículo 13 de la

Directiva, cuyo apartado 2, como decíamos antes, ampara la actuación de la AEPD.

TERCERA: A modo de conclusión, y para el supuesto en que la Sección a que nos dirigimos entendiese procedente la formulación de la cuestión prejudicial proponemos la redacción de las cuestiones en los siguientes términos:

A) ¿Deben interpretarse los artículos 4, apartado 1, letra a) y letra c) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en relación con el artículo 8 apartado 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en el sentido de que la autoridad española de protección de datos debe aplicar el Derecho español adoptado para la aplicación de la Directiva a las actividades de Google?

B) ¿Debe interpretarse el artículo 2.b) de la Directiva 95/46 en el sentido de que la actividad de GOOGLE, como buscador de contenidos de terceras personas, puede considerarse un tratamiento de datos? En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 12, letra b) y 14, letra a) de la citada Directiva en el sentido de que los Estados miembros deben garantizar los derechos de cancelación y oposición frente a GOOGLE? Asimismo, ¿debe interpretarse el artículo 14, letra a) en relación con el artículo 7 letra f) de la citada Directiva en el sentido de que el interés del interesado puede amparar su derecho de oposición?

C) ¿Debe interpretarse el artículo 28, apartado 3, párrafo segundo de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que la autoridad española de protección de datos puede requerir a GOOGLE para que cancele o cese en el tratamiento de la información, aun cuando su mantenimiento en la página de origen sea lícita, pero el solicitante

considere que su aparición en los resultados de búsqueda atenta a su privacidad, dignidad o al derecho al olvido?

D) ¿Debe interpretarse el artículo 28, apartado 4, párrafo primero de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que la autoridad española de protección de datos debe requerir directamente al buscador, sin necesidad de dirigirse previa o simultáneamente al webmaster para exigir la retirada de la información?

E) ¿Deben interpretarse los artículos 13, apartado 2 y 14, apartado 3 de la Directiva 2000/31/CE en el sentido de que la autoridad española de protección de datos puede exigir a Google la retirada de los datos de los interesados en un caso como éste?

Por lo expuesto,

A LA SALA SUPLICA que tenga por evacuado el trámite conferido y por hecha la anterior manifestación.

OTROSÍ SUPLICA, se tenga por aportado junto con este escrito, como documento n.º 1 el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, con el título “Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”.

Es justicia que pide en Madrid a 22 marzo de 2011

EL ABOGADO DEL ESTADO

ANEXO II

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: Primera

MADRID

AUTO

ILMO. SR. PRESIDENTE

DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

ILMOS./ILMAS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS

LOURDES SANZ CALVO

NIEVES BUISAN GARCIA

JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Actuaciones Previas

1.1. D. Mario Costeja Gonzalez (el afectado), de nacionalidad española y con domicilio en la localidad de El Escorial (Madrid), ejercitó con fecha 23 de Noviembre de 2009 el derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales ante “La Vanguardia Ediciones, S.L” (periódico de gran difusión en España, especialmente en Cataluña). En su solicitud afirmaba que al introducir su nombre en el buscador de “Google” aparecía la referencia a una página del periódico “La Vanguardia” con enlaces a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social. El afectado afirmaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente.

1.2. Con fecha 24 de noviembre de 2009, “La Vanguardia Ediciones” contestó al interesado entendiendo que no procedía la cancelación de sus datos, dado que la publicación se realizó por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de su Secretaría de Estado de la Seguridad Social, siendo ejecutora la Tesorería General de la Seguridad Social en la Dirección Provincial de Barcelona.

1.3. Con fecha 8 de Febrero de 2010 el Sr. Costeja remitió escrito a Google Spain S.L. ejercitando su derecho de oposición solicitando que al introducir sus nombre y apellidos los resultados de búsqueda con los links de La Vanguardia.

1.4 En la contestación dada por Google Spain S.L. le remitía a la empresa Google Inc. con domicilio social en California (EEUU), por entender que ésta era la empresa que presta el servicio de búsqueda en Internet, sin perjuicio de informarle que para ejercer sus derechos de cancelación u oposición sobre sus datos personales debería dirigirse al webmaster de la página web que publica esos datos en Internet.

2. Procedimiento administrativo ante la Agencia Española de Protección de Datos.

2.1. Con fecha 5 de marzo de 2010, tuvo entrada en el Registro General de la Agencia Española de Protección de Datos la reclamación del Sr. Costeja solicitando, entre otras cosas, que se exigiese al responsable de la publicación “on line” de La Vanguardia que eliminase o modificase la publicación para que no apareciesen sus datos personales o bien utilizase las herramientas facilitadas por los buscadores para proteger su información personal. También solicitaba que se exigiese a Google España o Google Inc, para que eliminase o bien ocultase sus datos para que dejen de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejen de estar ligados a los links de La Vanguardia.

2.2. La Agencia Española de Protección de Datos instruyó expediente por denegación del derecho de cancelación de datos dando traslado para alegaciones tanto a Google Spain SL como a Google Inc. La notificación se remitió al domicilio de los abogados designado por Google Spain que recibió la comunicación que se le dirigía a ella, pero no se hizo cargo de la notificación dirigida a Google Inc.

Google Spain SL presentó sus alegaciones. Google Inc. no presentó alegaciones.

2.3. El Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó resolución el 30 de julio de 2010 en la que se estimó la reclamación formulada por el Sr. Corteja contra Google Spain SL y contra Google Inc “instando a esta entidad para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos” e inadmitió la reclamación formulada contra La Vanguardia Ediciones SL. En cuanto a La Vanguardia Ediciones S.L. consideró que se había denegando de forma motivada la cancelación solicitada de los datos personales del afectado, en atención a que la publicación de los citados datos tenía justificación legal y su fin era dar la máxima publicidad a las subastas para conseguir la mayor concurrencia de licitadores por lo que se inadmite el procedimiento de tutela en relación a La Vanguardia Ediciones S.L.

3. Procedimiento judicial

3.1. Contra esta resolución recurrieron ante este Tribunal tanto la empresa Google Inc como Google Spain, en dos recursos independientes que se acumularon por Auto de 20 de julio de 2011. Ambas demandas solicitan la nulidad de la resolución administrativa impugnada. (Se adjunta copia de ambas demandas).

En este procedimiento actúa como demandada la Agencia Española de Protección de Datos y como codemandado se personó D. Mario Costeja.

3.2. El Abogado del Estado, en representación de la Agencia de Protección de Datos, contestó a las demandas oponiéndose a las mismas. (Se adjunta copia de la contestación a la demanda).

Así mismo el representante procesal del Sr. Costeja contestó a las demandas y solicitó la desestimación de los recursos. (Se adjunta copia de su contestación a la demanda).

3.3. Se abrió un periodo de prueba y tras la práctica de la misma todas las partes personadas presentaron escritos de conclusiones.

3.4. Por providencia de 17 de enero de 2013 este Tribunal acordó conceder un plazo de 15 días a las partes personadas para que presentasen alegaciones, de cara el posible planteamiento de una cuestión prejudicial del art. 267 del TJUE, en relación con determinadas cuestiones (Se adjunta copia de la providencia).

Todas las partes personadas presentaron sus escritos de alegaciones.

El Abogado del Estado considera que no es necesaria el planteamiento de cuestión prejudicial de interpretación pero, en caso de que se decidiese plantear, realiza una serie de consideraciones sobre las cuestiones a plantear (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

El representante del Sr. Costeja presenta alegaciones respecto del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE tanto en relación con la aplicación territorial de la normativa de protección de datos como en cuanto a las dudas que suscita la normativa comunitaria en relación con las cuestiones de fondo que se sustancian en este recurso. (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

La empresa Google Spain SL considera que no es indispensable el planteamiento de la cuestión prejudicial para la resolución del recurso ni para la interpretación del derecho comunitario, pero no se opone al planteamiento de la misma. En su escrito se contienen una serie de alegaciones tanto respecto de la aplicación territorial de la normativa comunitaria y nacional para resolver el caso que

nos ocupa como las cuestiones de interpretación de fondo que se plantean. (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

La empresa Google Inc. no se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE y realiza alegaciones coincidentes con las formuladas por la empresa Google Spain. (Se adjunta copia de su escrito de alegaciones).

FUDAMENTOS JURÍDICOS

1. Objeto de la presente controversia.

La presente controversia se enmarca en el ámbito de la protección de los datos de las personas físicas, específicamente en la tutela de los derechos de supresión, bloqueo (cancelación) y oposición del afectado al tratamiento de sus datos personales frente a la actividad desarrollada por los proveedores de motores de búsqueda de información en internet (en adelante “buscadores”) y muy específicamente contra el buscador del grupo “Google”. La Agencia Española de Protección de Datos, acogiendo la petición de tutela del afectado, requirió a Google Spain SL y Google Inc “para que adopten las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos”.

El presente recurso plantea el problema referido a las obligaciones que tienen los buscadores en internet (en este caso el buscador “Google”) en la protección de datos personales de aquellos afectados que no desean que determinadas informaciones, publicadas en páginas web de terceros que contienen sus datos personales y permiten relacionarles con la misma, sean localizadas, indexadas y sean puestas a disposición de los internautas de forma indefinida. La resolución dictada por la Agencia de Protección de Datos (en adelante AEPD) considera que los buscadores en el ejercicio de esta actividad realizan un tratamiento de datos y son responsables del mismo por lo que están obligados a hacer efectivo el derecho de cancelación y/o oposición del interesado y a cumplir con los requerimientos que

les dirija la AEPD en la tutela de estos derechos. Y al mismo tiempo afirma que también como intermediarios de la sociedad de la información están sometidos a la normativa en materia de protección de datos estando obligados a atender los requerimientos que le dirija la autoridad competente, en este caso de la AEPD.

Desde cualquiera de estas perspectivas, la AEPD entiende que puede adoptar medidas de tutela de su derecho ordenando la retirada e imposibilitando el acceso a determinados datos por parte de los buscadores cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos, a su dignidad entendida en un sentido amplio, que incluiría la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros. Y que este requerimiento puede dirigirse directamente a los buscadores, sin suprimir los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada e, incluso, cuando el mantenimiento de esta información en dicha página esté justificada por una norma legal.

2. Planteamiento General.

2.1. La protección de datos de las personas físicas se regula fundamentalmente en la Directiva 95/46/CE que, según dispone su artículo 1º, tiene por objeto “la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.

La citada Directiva 95/46/CE se dictó en los años anteriores a la expansión de internet y a la aparición, o al menos a la utilización generalizada, de los motores de búsqueda como herramienta que facilita la localización de datos e información en la red. Es por ello que las previsiones contenidas en la misma no contiene referencia expresa alguna a los servicios de la sociedad de la información ni, con mayor motivo, una previsión específica respecto a la actividad

que desarrollan los “buscadores” en internet y su sometimiento, y con qué límites, a la normativa en materia de protección de datos.

2.2. Directivas posteriores que regulan la actividad de los servicios de la sociedad de la información se remiten, en materia de protección de datos, a la Directiva 95/46/CE. Este es el caso de la Directiva 2000/31/CE, que “(14) *La protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal se rige únicamente por la Directiva 95/46/CE ...*”, añadiéndose que dicha Directiva es “*enteramente aplicable a los servicios de la sociedad de la información, y que la “aplicación y ejecución de la presente Directiva debe respetar plenamente los principios relativos a la protección de datos personales, en particular en lo que se refiere a las comunicaciones comerciales no solicitadas y a la responsabilidad de los intermediarios,.....*”. Así se recoge también en el artículo 1.5.b) de dicha Directiva establece que no se aplicará “*a cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE.*”

La Directiva 2000/31/CE limita la responsabilidad de los servicios de la sociedad de la información, en determinados supuestos íntimamente relacionados con la actividad desplegada por los buscadores en Internet (el artículo 13 referido a la memoria tampón, caching) y el art 17 (referido al alojamiento de datos) siempre que su actividad que se considera «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada». Pero, por otra parte, en su considerando cuadragésimo quinto señala que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos, incluidas las órdenes de las autoridades administrativas competentes para la retirada de datos o impedir el acceso a los mismos.

La Ley española 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, dictada en

desarrollo de dicha Directiva 2000/31/CE, incluye (Anexo b) a los buscadores como servicio de la sociedad de la información, en concreto como un “servicio de intermediación”. Dicha norma en sus artículos 8 y 17 limita la responsabilidad de los buscadores respecto de la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios, pero permite se les pueda requerir para que retiren los datos que atenten o pueden atentar contra determinados principios (entre ellos la dignidad de la persona) o cuando tengan conocimiento efectivo que de la información que remiten puede lesionar derechos de tercero susceptibles de indemnización. La AEPD, amparándose en su condición de autoridad competente y aplicando los artículos 8 y 17 de la Ley 34/2002, considera que puede exigirle al buscador la retirada de los datos personales del afectado al amparo de la normativa de protección de datos, aun en los supuestos en los que su publicación deba mantenerse en la página web del editor cuando considera que lesionan el derecho a la protección de datos del afectado.

Es por ello que el problema se reconduce finalmente a la interpretación y aplicación de la Directiva 95/46/CE dictada para la protección de datos de las personas físicas frente a los buscadores.

2.3. Las dificultades en la interpretación y aplicación de la Directiva 95/46/CE respecto a las tecnologías desarrolladas después de su publicación y la necesidad de obtener una interpretación uniforme de la misma justifican, a juicio de este Tribunal, el planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación en relación con determinados preceptos de dicha Directiva, dirigida a resolver diferentes dudas relacionadas con la actividad de los buscadores de información en internet y su sometimiento a la normativa en materia de protección de datos.

2.4. Conviene aclarar que los buscadores realizan diferentes actividades y no todas ellas afectan a la presente controversia.

En primer lugar como prestadores de servicios a los usuarios. Se trataría de la recogida de los datos de los usuarios instalando en su

ordenador unos dispositivos informáticos (“cookies”) que permiten al buscador reconocer al mismo usuario en visitas ulteriores desde el mismo ordenador. Esta actividad no es relevante en el caso que nos ocupa.

En segundo lugar como proveedor de contenidos. En el ejercicio de esta actividad los buscadores localizan, indexan, almacenan temporalmente y ponen a disposición de todos los usuarios de la red, la información que aparece contenida en páginas web de terceros que aparece relacionada con los criterios de búsqueda, información que puede incluir o no datos personales de las personas físicas. Es esta última actividad la que interesa y afecta a la presente controversia y a la que nos referiremos en adelante.

3. Ámbito de aplicación territorial de la normativa comunitaria y nacional en materia de protección de datos.

3.1. El primero de los problemas que se plantean en el presente litigio se refiere a la posibilidad de aplicar la Directiva 95/46/CE, y consecuentemente la normativa nacional que la transpone en España, para tutelar el derecho a la protección de los datos de un nacional español y que tiene su residencia en España, frente a la empresa Google Inc., que tiene su domicilio en un Tercer Estado (en este caso en EEUU) y su filial en España, Google Spain SL.

3.2. Respecto de este problema, esta Sala considera acreditados los siguientes hechos:

– El servicio de búsqueda de Google (Google Search) se presta a nivel mundial a través de la web www.google.com. En muchos países existen versiones locales adaptadas al idioma nacional a las que se accede en función de la ubicación geográfica del usuario. La versión española del servicio se presta a través del sitio www.google.es, dominio que tiene registrado desde el 16/09/2003. El buscador de Google es uno de los más utilizados en nuestro país.

– El buscador “Google” lo gestiona Google Inc (empresa matriz del grupo), con domicilio en California (1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, California).

– El buscador Google indexa páginas web de todo el mundo, incluyendo páginas web ubicadas en España (en este caso se indexó información contenida en una página web española). La información indexada por las “arañas” del buscador Google se almacena temporalmente en servidores cuya ubicación (país y localidad) se desconoce (la empresa la mantiene secreta por razones competitivas).

– El buscador “Google” no sólo facilita el acceso a los contenidos alojados en las páginas web indexadas, sino también aprovecha esta actividad para incluir publicidad de empresas de bienes o servicios, normalmente asociada a los patrones de búsqueda introducidos por el usuario. Esta publicidad es contratada con el grupo empresarial “Google”, a cambio de un precio, por las empresas que desean utilizar esta herramienta para ofrecer sus servicios a los internautas.

– El grupo Google utiliza una empresa filial, Google Spain SL, como agente promotor de venta de los espacios publicitarios que se generan en el sitio web del buscador, dicha empresa dirige su actividad fundamentalmente a las empresas radicadas en España. Dicha empresa tiene personalidad jurídica propia y domicilio social en Madrid, y fue creada el 3/09/2003. Actúa como agente comercial del grupo en España y tiene como objeto social “promocionar, facilitar y/o procurar la venta de productos y servicios de publicidad “on line” a través de Internet para terceros, actuando como agente comercial, así como marketing de publicidad “on line” etc..”, dicha empresa contaba con 70 empleados en el 2009.

– La empresa Google Inc., designó a Google Spain SL como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD, tales ficheros tenían por objeto contener los datos de las personas relacionadas con los clientes de servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc.

3.3. El artículo 4 de la Directiva 95/46/CE establece como criterios de conexión, relevantes para el supuesto que nos ocupa, los siguientes:

“1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que hayan aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:

a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro.....

....

c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.

2. En el caso mencionado en la letra c) del apartado 1, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento”.

La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, dictada para transponer al derecho español dicha norma comunitaria, reproduce en el art. 2.1 a) y c) estos dos mismos criterios con una redacción similar a la contenida en la Directiva comunitaria.

La discrepancia de las partes y las dudas interpretativas de este Tribunal surge tanto para determinar si le empresa Google posee un establecimiento en España, en los términos previstos en el art. 4.1.a) de la Directiva; como para establecer si dicha empresa recurre a medios que se encuentran en territorio español para realizar su actividad, en los términos previstos en el art. 4.1.c) de dicha norma.

3.4. Existencia de un establecimiento en España.

La Directiva 95/46/CE en su exposición de motivos considera que (19) *“el establecimiento en el territorio de un Estado miembro implica el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable, siendo indiferente la forma jurídica de dicho establecimiento (simple sucursal o una empresa filial con personalidad jurídica)”*.

Varias son las dudas interpretativas que surgen a este Tribunal respecto a este apartado.

3.4.1. La primera aparece relacionada con la actividad que la empresa filial Google Spain SL realiza en España.

La AEPD considera que la empresa Google tiene un establecimiento en España, Google Spain SL, sucursal del grupo que sirve para promocionar la publicidad que financia la actividad de la empresa.

La empresa Google entiende que hay que separar la actividad mercantil de GOOGLE SPAIN S.L. y la de GOOGLE INC. Esta última es la que gestiona el buscador “Google”, pero al tener su domicilio en California esta fuera del ámbito de aplicación de la normativa española y que solo está sometido a la jurisdicción norteamericana y a la normativa de protección de datos de EEUU. Y respecto a Google Spain SL, entiende que no puede considerarse como un establecimiento a los efectos de aplicar ni la Directiva comunitaria ni la normativa española en materia de protección de datos, pues su actividad no está relacionada con el tratamiento de datos sino que se limita a representar a Google Inc. en el negocio que ésta desarrolla de vender el espacio publicitario disponible en su página Web.

No ha resultado acreditado que la filial Google Spain SL realice en España una actividad directamente relacionada con la indexación o almacenamiento de la información o datos contenidos en las páginas web de terceros. No debe olvidarse, sin embargo, que si bien el éxito del buscador “Google” consiste en proporcionar a los internautas una herramienta que sea útil y eficaz para localizar la información existente en Internet, su negocio se basa en vender

los espacios publicitarios del buscador a las empresas (sus clientes) que quieren anunciar sus bienes y servicios. La actividad destinada a la promoción de estos espacios publicitarios y la captación de nuevos clientes en España esta encomendada a la empresa filial del grupo Google Spain SL, empresa domiciliada en nuestro país en donde actúa de forma estable y permanente, dirigiendo su principal actividad respecto de empresas asentadas en España. De modo que la actividad de promoción y venta de estos espacios publicitarios se constituye como parte esencial del negocio de Google y puede entenderse estrechamente vinculada a la actividad de su buscador de contenidos en España por cuanto dicha publicidad aparece junto con los resultados de búsqueda y normalmente relacionada con los criterios de búsqueda introducidos por el usuario.

Por todo ello cabe preguntarse si la actividad de Google Spain SL cumple las exigencias para ser considerada un “establecimiento” en los términos previstos en el art. 4.1.a) de la Directiva permitiendo la aplicación de la legislación nacional en materia de protección de datos frente al buscador “Google”.

3.4.2. La segunda duda se refiere a la actividad de la filial Google Spain SL como empresa que representa a la empresa Google Inc (empresa matriz) ante la Agencia Española de Protección de Datos y colabora con la AEPD en hacer llegar a la empresa matriz las solicitudes de los afectados y los requerimientos y notificaciones de la AEPD.

La AEPD argumenta que Google Inc. tiene designado a Google Spain como su representante ubicado en territorio español, conforme a lo exigido por el artículo 3.1.c), segundo párrafo del Reglamento de la LOPD aprobado por Real Decreto 1720/2007 y así aparece en el Registro General de Protección de Datos. Y que dicha empresa colabora con la Agencia de Protección de Datos para dar traslado a la empresa matriz de las solicitudes de los afectados y los requerimientos que le dirige la Agencia de Protección de Datos.

La empresa Google Inc., por su parte, admite que designó a Google Spain SL como responsable del tratamiento en España de dos ficheros inscritos por Google Inc. ante la AEPD si bien tales ficheros tenían por objeto contener los datos de las personas relacionadas con los servicios publicitarios que en su día contrataron con Google Inc. Y aunque admiten que es cierto que la Agencia ha notificado a Google Inc. en el domicilio de los Abogados de Google Spain SL. y que se designó ese domicilio en el registro de los ficheros que Google Inc. tiene dados de alta en la Agencia, ello fue a los solos efectos de facilitar a los interesados el ejercicio de los derechos de oposición, cancelación, acceso y rectificación en relación con los datos incluidos en esos ficheros, (según lo exige el artículo 5.1.c) de la LOPD) pero no con carácter general para la notificación relativa a toda la actividad de Google Inc.

La pregunta que se plantea al TJUE respecto a este punto es la siguiente:

¿Debe interpretarse que existe un “establecimiento”, en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un Estado Miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes de ese Estado,

o

- cuando la empresa matriz designa a una filial ubicada en ese Estado miembro como su representante y responsable del tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa

o

- cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la Unión Europea, las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes en relación con el respeto al derecho

de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria?

3.5. Recurso a medios situados en España.

La Directiva 95/46/CE no incluye una definición de “medios” si bien en su exposición de motivos afirma en su apartado (20) que *“el hecho de que el responsable del tratamiento de datos esté establecido en un país tercero no debe obstaculizar la protección de las personas contemplada en la presente Directiva; que en estos casos el tratamiento de datos debe regirse por la legislación del Estado miembro en el que se ubiquen los medios utilizados y deben adoptarse garantías para que se respeten en la práctica los derechos y obligaciones contempladas en la presente Directiva”*.

Los buscadores utilizan soportes técnicos para la captación, indexación y almacenamiento temporal de la información ubicada en páginas web de todo el mundo, que pueden estar centralizados o dispersos en diferentes países y los índices generados se guardan en servidores ubicados en lugares remotos y muchas veces secretos. Todo ello plantea enormes dificultades para determinar cuando nos encontramos frente a un “recurso a medios” radicados en un Estado miembro.

La Agencia de Protección de Datos considera que el índice se actualiza de forma dinámica a partir de la información ofrecida por los robots y el rastreo de las arañas web ubicadas, entre otros, en servidores web españoles, como lo demuestra que una de las facilidades que la versión española del servicio de buscador ofrece al usuario es, discriminar el resultado de su búsqueda en función del idioma de redacción de los documentos o de la localización geográfica de los servidores web que los alojan. Lo que, a su juicio, viene a demostrar que, para la prestación del servicio de búsqueda a los usuarios españoles, es requisito ineludible que se utilicen medios técnicos ubicados en territorio español. También considera como recursos a medios ubicados en España la utilización de ordenadores

personales, terminales y servidores y que la utilización de cookies y dispositivos de software similares por parte de un proveedor de servicios online puede considerarse como recurso a medios en el territorio del Estado miembro.

La empresa Google, por el contrario, afirma que el proceso el buscador no se realiza mediante el recurso a medios sitios en España puesto que ningún equipo de Google se encuentra en España, ni las arañas ni los robots que utilizan se instalan en los servidores que visitan. Google Inc. no emplea medios ubicados en España para la obtención de la información ni para el procesamiento de la misma. Los equipos de “Google” llevan a cabo la indexación de los contenidos mediante un software que les permite conectarse de manera sistemática y continuada con todas las direcciones de Internet (“URLs”) que identifican en las páginas Web que encuentran a su paso. Los equipos de Google no se necesitan desplazar ni hacer uso de ningún medio para conseguir la información visitando, navegando y rastreando.

Las dudas que se plantean pueden sintetizarse en las siguientes:

En primer lugar, si puede considerarse como un “recurso a medios” la utilización por parte de la empresa Google de sus arañas o robots que acceden a servidores situados en España para obtener la información contenida en páginas web españolas que posteriormente indexa, discriminando el resultado de su búsqueda en función del idioma de redacción de los documentos o de la localización geográfica de los servidores Web que los alojan. Ello plantearía el problema de que el prestador de servicios en internet estaría sometido a todas las leyes y a las jurisdicciones de todos los países cuyos servidores alojaran información a la que los buscadores tuvieran acceso, pero, al mismo tiempo, facilitaría una tutela eficaz de los derechos de los afectados.

En segundo lugar, cabe preguntarse si la actividad de almacenamiento temporal en los centros de datos de la información indexada puede ser considerada como “un recurso a medios” en relación con el tratamiento de datos (suponiendo que esta exista). Y en el caso de que

así se considerase, cabe plantearse si una adecuada interpretación de la Directiva exige que la empresa especifique y pruebe donde están ubicados esos medios (centros de datos o servidores), pudiendo aplicarse, en caso contrario, el criterio de conexión con el Estado miembro que mantenga otros aspectos que le relacionen con la información tratada (por ej: información procedente de una pagina web radicada en un Estado miembro, información referida a ciudadanos de uno de los Estados miembros que reclaman la tutela, relevancia de la información en ese Estado miembro etc..). Lo contrario, dada la dificultad de conocer donde se ubican esos medios en atención a la tecnología actualmente existente, conllevaría el peligro de hacer inoperante la aplicación de este criterio y consecuentemente la efectividad de la normativa comunitaria y nacional en materia de protección de datos.

La empresa Google no ha revelado el país donde se almacena la información indexada afirmando que el lugar donde se ubican estos índices es secreto y que se mantiene secreto porque forma parte de la ventaja competitiva que Google tiene frente a sus competidores, por lo que al desconocerse donde se almacena la información indexada por voluntad expresa de la sociedad que lo gestiona no es posible descartar, aunque no existe constancia de que así sea, que dicha información estuviese almacenada en cualquier Estado miembro, incluida España, y, por lo tanto, que estuviese acudiendo a medios (almacenamiento temporal de información indexada en servidores de la compañía) radicados en España.

¿Debe interpretarse el art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que existe un “recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro”

cuando un buscador utilice arañas o robots para localizar e indexar la información contenida en páginas web ubicadas en servidores de ese Estado miembro

o

cuando utilice un nombre de dominio propio de un Estado miembro y dirija las búsquedas y los resultados en función del idioma de ese Estado miembro?,

¿Puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE, el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet? Si la respuesta a esta última cuestión fuera afirmativa, ¿puede entenderse que este criterio de conexión concurre cuando la empresa se niega a revelar el lugar donde almacena estos índices alegando razones competitivas?

3.6. Utilización de otros criterios de conexión para una protección eficaz del derecho fundamental.

Cabe plantearse, finalmente, si aun cuando no concurriesen estos puntos de conexión, previstos en el art. 4 de la Directiva 95/46/CE, sería preciso realizar una interpretación que, a la luz del art. 8 la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, permita utilizar otros criterios de conexión para proporcionar una tutela eficaz de este derecho a los ciudadanos de la Unión Europea.

La finalidad de la Directiva 95/46/CE es brindar una protección eficaz en la Unión Europea a los datos de las personas físicas (así se desprende de los apartados 10 y 18 de su exposición de motivos), que difícilmente sería compatible con la pretensión de la empresa Google de que los afectados que quieran ejercitar sus derechos de supresión, bloqueo y/o oposición frente a su buscador tengan que acudir a la jurisdicción de los Estados Unidos y someterse a la normativa dicho Estado. Esta empresa considera que no resulta aplicable la normativa comunitaria (ni consiguientemente la nacional) de protección de datos y que los afectados no pueden acudir a las autoridades y, en su caso, a los tribunales de justicia nacionales para la tutela de sus derechos.

La Directiva 95/46/CE se dictó en un momento en que los buscadores de internet, o no existían o eran muy incipientes, por lo que las

normas de conflicto no están, en principio, diseñadas para afrontar los peligros que han sobrevenido con los cambios tecnológicos. Pero con la aprobación sobrevenida de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que según dispone el art. 6 del TUE que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, se reconoce el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 8 de la Carta), por lo que parece razonable acudir a una interpretación y aplicación de las normas comunitarias que permita una tutela eficaz de este derecho, pues la Carta persigue, según su exposición de motivos, “*reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*”.

Una protección eficaz de este derecho fundamental no puede depender del lugar donde la empresa decida asentar los medios técnicos. La utilización de soportes técnicos inmateriales, que permiten prestar los servicios desubicados del territorio al que van dirigidos y, en muchos casos, sin contar con medios residenciados en el mismo, complica una tutela eficaz de las eventuales lesiones de los derechos de la personalidad que se producen en el ciberespacio, especialmente en materia de protección de datos. Sin desconocer el peligro añadido que supondría la posibilidad de suprimir los establecimientos y medios que tuviere para impedir la aplicación de la normativa comunitaria o nacional, o cambiar el centro de gestión de recursos y medios, localizándolo en aquellos países que careciesen de una normativa de protección de datos o en los que sus normas fuesen más permisivas con la tutela de estos derechos.

De modo que la actividad desplegada por el buscador, aun cuando se considere que es gestionado desde fuera de la Unión y no dispone de un establecimiento ni recurre a medios ubicados en un Estado miembro, es susceptible de lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y la tutela de este derecho debería situarse donde se ubica el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela eficaz del mismo, incluyendo la posibilidad

de permitir una aprehensión integral del conflicto que comprenda los intereses en juego y de las normas implicadas.

Por ello sostener que la indexación de datos procedentes de páginas web situadas en España, en relación con una información publicada en España, en base a una norma legal española, que afecta a datos de un ciudadano español y que fundamentalmente puede tener una repercusión negativa, a juicio del afectado, en su entorno personal y social sito en España (centro de intereses), tenga que defender la tutela de su derecho a la protección de datos en EEUU, por ser el lugar que el gestor del buscador ha elegido para ubicar los medios técnicos, colocaría a los afectados en una situación de especial vulnerabilidad e impediría o dificultaría enormemente la tutela eficaz de este derecho que podría resultar incompatible con el espíritu y finalidad que inspira la Directiva y, sobre todo, con una tutela eficaz de un derecho fundamental contenido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Es por ello que, con independencia de la respuesta a las preguntas anteriores y especialmente en el caso en que se considerase por el Tribunal de Justicia de la Unión que no concurren los criterios de conexión previstos en el art. 4 de la Directiva, se plantea la siguiente pregunta:

¿Debe aplicarse la Directiva 95/46/CE en materia de protección de datos, a la luz del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el país miembro donde se localice el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela más eficaz de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea?

La respuesta a estas preguntas referidas a la aplicación territorial de la Directiva comunitaria resulta decisiva para resolver el presente litigio, puesto que de ella depende la aplicación de la normativa de protección de datos dictada en la Unión Europea, y consecuentemente la normativa nacional que la traspone, en materia de protección de datos a la actividad desarrollada por la empresa Google en relación con los derechos de supresión, bloque y/o oposición ejercidos por el

afectado y amparados por la Agencia. Caso de no considerarse aplicable dicha normativa se cuestionaría la competencia de la Agencia de Protección de Datos y de la decisión por ella adoptada respecto a las empresas del grupo “Google” para que adopten las medidas necesarias para retirar los datos del índice e imposibilitar el acceso futuro a los mismos.

4. Actividad de Google, en cuanto buscador de contenidos, y su encaje en el concepto de tratamiento de datos contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE.

Uno de los problemas en torno al que gira este procedimiento se centra en determinar si la actividad que desempeñan los buscadores de información en internet, cuando localizan e indexan información contenida en paginas web pertenecientes a terceros, en el supuesto que esta información incluya datos personales, están realizando una actividad que puede quedar encuadrada dentro del concepto “tratamiento de datos personales”, definido en el art. 2.b) de la Directiva.

La actividad de los buscadores, como proveedores de contenidos, podría sintetizarse como sigue: Dada la gran cantidad de información disponible en internet los buscadores permiten a los usuarios acceder a la misma de forma rápida, introduciendo criterios de búsqueda (palabras, grupos de palabras o simplemente caracteres). Los buscadores, con la finalidad de facilitar y acelerar la búsqueda, rastrean previamente los servidores de contenidos conectados a la red mediante un software (conocidos como robots o arañas) para que les proporcionen información sobre los contenidos existentes en los mismos. Con esta información elaboran un índice de palabras (con millones de palabras) que relacionan con la referencia a las páginas web en la que aparece esa palabra. Esta información se almacena y periódicamente se actualiza visitando las páginas de origen conforme a las instrucciones recibidas por la empresa que gestiona el buscador. Los buscadores no intervienen en la elaboración de dicha información, ni la modifican, ni identifican el significado

de los términos (desconociendo si se trata de una palabra sin sentido alguno, del nombre de una persona o de cualquier otro significado). El buscador como respuesta a la solicitud de información del usuario muestra una pantalla con un listado de direcciones web asociadas las palabras claves proporcionadas, permitiendo que el usuario acceda directamente al contenido del servidor web que aloja dicha información seleccionando el enlace que le facilita el buscador. El resultado de la búsqueda es ordenado por unos criterios de preferencia que establece el buscador.

La Agencia de Protección de Datos, en la resolución impugnada, considera que los “buscadores” (en este caso “Google”), como proveedor de contenidos proporcionados por terceros, está realizando una actividad de “tratamiento de datos”.

La amplitud del concepto “tratamiento de datos personales”, tal y como ha sido definido en el art. 2 b) de la Directiva 95/46/CE puede inducir a pensar que la actividad de los buscadores queda comprendida en este concepto. Las conclusiones contenidas en el Dictamen 1/2008 WP 148, emitido el 4 de abril de 2008 por el Grupo sobre protección de datos del artículo 29, así lo avala, pero el grupo Google lo niega.

Es por ello que la duda de este Tribunal se plantea en los siguientes términos:

En relación con la actividad del buscador de la empresa “Google” en internet, como proveedor de contenidos, consistente en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia, cuando dicha información contenga datos personales de terceras personas, ¿Debe interpretarse una actividad como la descrita comprendida en el concepto de “tratamiento de datos”, contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE?

La respuesta a esta cuestión es relevante para la solución de este recurso, pues constituye el presupuesto necesario para aplicar

la normativa, nacional y comunitaria en materia de protección de datos, y condiciona las siguientes dudas referidas a la consideración del buscador como responsable de dicho tratamiento y, a su vez, el alcance de las obligaciones que están obligados a asumir para garantizar los derechos de los afectados.

5. ¿Son las empresas titulares de los buscadores responsables del tratamiento de los datos que manejan cuando estos actúan como proveedores de contenidos?

En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuese afirmativa, se suscitan dudas sobre la consideración de los buscadores como “responsables del tratamiento” de los datos personales incluidos en la información que indexan.

El artículo 2.d) de la Directiva, al tiempo de definir el concepto de “responsable del tratamiento”, considera que es aquella persona física o jurídica “que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales”. Este Tribunal alberga dudas sobre si la actividad de los buscadores en internet, como proveedor de contenidos, al indexar la información existente en la red que incluya datos personales, pueden ser considerados responsables del tratamiento de aquellos datos que se incluyan en el contenido de las paginas web de las que obtienen información.

El automatismo en la captación de dicha información y la ausencia de un control efectivo sobre la misma, especialmente sobre la exactitud y veracidad de la información que indexan, permite dudar que los buscadores puedan ser comprendidos en el concepto de “responsables del tratamiento”. Ello conllevaría, en principio, que se les podría aplicar el conjunto de obligaciones que la Directiva 95/46/CE, y consiguientemente la normativa nacional sobre protección de datos, establecen para los responsables del tratamiento.

Las conclusiones contenidas en el Dictamen 1/2008 WP 148, emitido el 4 de abril de 2008 por el Grupo sobre protección de datos del artículo 29, referido a “cuestiones de protección de datos relacionado

con motores de búsqueda”, los considera incluidos en el concepto de “responsables de tratamiento” con ciertos matices. En dicho dictamen se diferencia entre el concepto de “responsable del tratamiento” y la responsabilidad por dicho tratamiento, concluyendo que sí bien pueden ser considerados “responsables del tratamiento” de la información o datos que indexan, limita su responsabilidad respecto de la información que tratan, al considerarlos, salvo en aspectos muy concretos de su actividad, como responsables subsidiarios.

El citado dictamen no explica las razones que le llevan a limitar la responsabilidad de los buscadores, en cuanto responsables del tratamiento, únicamente a determinadas obligaciones que la Directiva 95/46/CE impone a los mismos y no a las restantes previstas en dicha norma (entre ellas: garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6.1, en donde se incluye que sean adecuados y pertinentes y no excesivos, exactos y actualizados, conservarlos por un tiempo limitado; el derecho de información del art. 11; el derecho de acceso del art. 12; medidas de seguridad del art. 17 y la responsabilidad prevista en el art. 23, entre otras muchas). A tal efecto, no debe olvidarse que el pleno sometimiento de la actividad del buscador, como proveedor de contenidos subidos por terceros, al amplio elenco de obligaciones que se imponen al responsable del tratamiento, sería difícilmente compatibles con la actividad que desarrollan los buscadores y con las posibilidades de asumir el cumplimiento efectivo de las mismas. ¿Serían estas obligaciones exigibles a los buscadores, en cuanto responsables del tratamiento de datos personales contenidos en la información que indexan?. ¿Podrían asumir el cumplimiento de estas obligaciones respecto de los datos situados en páginas web de terceros que indexan?.

Y específicamente respecto de los derechos de rectificación, supresión y bloqueo (art. 12) y oposición (artículo 14), cuya tutela motiva el presente recurso, el dictamen afirma que la obligación de retirar o bloquear los datos personales del índice del buscador “*puede depender de la legislación en materia y de las normas en materia de*

responsabilidad del Estado miembro en cuestión". De donde parece deducirse que el cumplimiento de las obligaciones que la Directiva impone a los responsables del tratamiento dependería de la legislación nacional de los Estados miembros.

Los buscadores de contenidos en internet obtienen la información y los datos incluidos en la misma de forma automática, sin modificar o alterar la información existente en la página de origen en la que se encuentra ubicada. Son los editores (webmaster) o el responsable del servidor de alojamiento los que pueden excluir total o parcialmente una determinada información de los índices automáticos de los buscadores (usando el protocolo conocido como "robot.txt", el código "noindex" o "noarchive") para que no indexen determinada información o para que no guarden siquiera copia cache de la misma. Pero, por otra parte, son los buscadores los que localizan y almacenan la información existente en internet y contribuyen a su difusión facilitando su acceso mediante un índice ordenado que selecciona las páginas web en las que se contienen los criterios de búsqueda introducidos por el usuario.

Es por ello que la determinación de si los buscadores de contenidos pueden o no ser considerados "responsables del tratamiento de los datos" que indexan y las consecuencias que ello conlleva no parece nítida a este Tribunal, y considera necesaria una interpretación uniforme de la aplicación de la Directiva en este punto.

Por ello la pregunta que se formula al Tribunal de Justicia es la siguiente:

En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa y siempre en relación con una actividad como la ya descrita en el apartado anterior: ¿Debe interpretarse el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE, en el sentido de considerar que la empresa que gestiona el buscador "Google" es "responsable del tratamiento" de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa?.

La respuesta es relevante para resolución del presente procedimiento, pues la Agencia de Protección de Datos impone a las

empresas del grupo “Google” la obligación de cancelación de los datos del interesado al considerarlo responsable del tratamiento aplicando para ello la Ley Española de Protección de Datos (el art. 16 de la LPOD dispone “1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado...”). Frente a ello, la compañía “Google” niega que se le pueda considerar responsable del tratamiento de los datos de carácter personal que pudieran estar presentes en las páginas web que indexa, por entender que son los editores, y no Google, quienes tiene la capacidad real para elegir y decidir acerca de la incorporación o no a los índices del buscador de los datos concretos que publican en sus páginas y para decidir sobre la exactitud, modificación y supresión de la misma.

6. Responsabilidad directa y/o subsidiaria del buscador.

6.1. Tanto la normativa comunitaria como la nacional en materia de protección de datos reconocen a los interesados el derecho a ejercitar frente al responsable del tratamiento los derechos de supresión, bloqueo y oposición, establecidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva, por lo que si se entiende que los buscadores pueden ser considerados como “responsables del tratamiento” en supuestos como el que nos ocupa, será preciso establecer el alcance y los límites de su responsabilidad. Dicho de otra forma, si, en la tutela de tales derechos, el buscador debe ser considerado responsable principal o tan solo subsidiario respecto al titular de la página web en la que están alojados dichos datos o en relación con la autoridad que ordenó su publicación.

6.2. El Sr. Costeja solicitó inicialmente la tutela de su derecho (oposición al tratamiento de sus datos) contra el periódico “La Vanguardia” pero ante la negativa de dicho periódico a retirar sus datos se dirigió contra el buscador de Google, (presentado una solicitud dirigida a Google Spain) que también le denegó la tutela pretendida.

El interesado solicitó la tutela de su derecho ante la AEPD contra el grupo Google (Google Spain y Google Inc) y frente a la Vanguardia.

La AEPD en la resolución administrativa impugnada en este proceso consideró que la publicación de los datos del afectado en el citado periódico (en su sección online “Hemeroteca”) estaba justificada legalmente al estar acordada por la unidad de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social y amparada por los artículos 645 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil y en el art. 117.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, apreciando la necesidad de publicar las subastas de inmuebles para conseguir mayor concurrencia de licitadores. A tal efecto, el Real Decreto 1415/2004 regula el procedimiento ejecutivo por deudas a la Seguridad Social que permite el embargo y la posterior subasta de los bienes inmuebles del deudor para el pago de dichas deudas. Y el art. 117 de dicha norma establece que el anuncio de la subasta se “publicará en el tablón de edictos y anuncios de la Seguridad Social situado en su sede electrónica” pero se permite también que “Cuando, a juicio del director provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, sea conveniente para el fin perseguido y resulte proporcionado con el valor de los bienes, el anuncio de la subasta podrá publicarse también en medios de comunicación de gran difusión o en publicaciones especializadas” (la Vanguardia es un periódico de gran difusión), estableciéndose, por último en este precepto que en el anuncio de la subasta se incluirá, entre otros datos, la descripción de los bienes y su titularidad, circunstancia que motivó la inclusión de los nombres y apellidos del afectado en cuanto titular de la mitad indivisa del inmueble que se subastaba.

El Sr. Costeja no recurrió la resolución de la AEPD, por lo que se conformó con la decisión administrativa respecto a la denegación de la tutela de su derecho frente a “La Vanguardia”.

Sin embargo, la AEPD accedió a la tutela de sus derechos del afectado frente a Google Spain y Google Inc, instándoles a la adop-

ción de las medidas necesarias para retirar los datos de su índice impidiendo el acceso futuro a los mismos.

6.3. El Dictamen 1/2008 WP 148, emitido el 4 de abril de 2008 por el Grupo sobre protección de datos del artículo 29, por lo que respecta a la responsabilidad de los buscadores considera que *“El principio de proporcionalidad requiere que, en la medida en que un proveedor de un motor de búsqueda actúe exclusivamente como intermediario, no debe considerarse como responsable principal del tratamiento de datos personales efectuado. En este caso, los responsables principales del tratamiento de datos personales son los proveedores de información. La responsabilidad formal jurídica y práctica de los datos personales que incumbe al motor de búsqueda se limita generalmente a la posibilidad de retirar datos de sus servidores. Por lo que se refiere a la retirada de datos personales de su índice y de sus resultados de búsqueda, los motores de búsqueda tienen una responsabilidad suficiente para considerarse responsables del tratamiento (solo o conjuntamente con otros) en estos casos, pero la medida en la que existe una obligación de retirar o bloquear datos personales puede depender de la legislación en materia de responsabilidad civil y de las normas en materia de responsabilidad del Estado miembro en cuestión”*.

6.4. La duda se centra en determinar el alcance de las obligaciones de los buscadores para tutelar de forma directa los derechos de supresión y oposición de los afectados, en virtud de un requerimiento acordado por la Agencia de Protección de Datos, cuando esa información no ha sido previamente suprimida de la página de origen o, incluso, en aquellos supuestos en los que la publicación de dicha información en la webmaster se considere lícita al amparo de una norma legal o de la aplicación concurrente de otros derechos (derechos de información entre otros).

El requerimiento contra “Google” para que retire de su buscador la información contenida en la página web de un tercero considerándolo como responsable directo, plantea inicialmente la dificultad de

que éste no puede discutir la licitud o exactitud de una información que ni ha publicado ni puede modificar, al limitarse a indexarla sin conocer ni controlar el contenido de la misma. Es el titular de la página web el que conoce y controla el contenido de dicha información y el que puede defender frente al afectado el mantenimiento de la misma por la prevalencia de otros derechos (derecho de información, libertad de expresión etc) o por el cumplimiento de obligaciones legales que puedan entenderse prioritarias, así como defender la proporcionalidad de los datos en relación con el fin perseguido. Y es este mismo titular de la página web el que tiene a su alcance, con las herramientas existentes en el mercado (“robots txt”; y los códigos “noindex” o “noarchive”), la decisión de si su contenido puede o no ser indexado por los buscadores o consultado por terceros.

La supresión o cancelación de estos datos del buscador podría incidir en los derechos del titular de la página web (tales como el derecho de información, libertad de expresión u otros) o en el cumplimiento de las obligaciones legales que tiene contraídas sin que haya tenido oportunidad de defenderlos.

6.5. También es necesario ponderar si la adopción de tales medidas puede cumplir la finalidad que se persigue sin dañar los derechos de terceros. La empresa recurrente alega la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas sin incidir en el derecho de otros usuarios. Afirma, que si se eliminara las palabras coincidentes con el nombre y apellidos del afectado del índice que utiliza el buscador las referencias a las páginas web se seguirían indexándose si se mantuviese la información en la página web de origen. Y aunque se suprimiera solo respecto a la referencia de una página web determinada tampoco serviría, pues esta misma información puede haber sido replicada en otras páginas web. Y si se eliminan todos los contenidos relacionados con los datos del afectado, no solo se suprimiría de la noticia o información solicitada sino toda la información existente en internet relacionada con esa

persona (incluyendo aquella información que sí desea que se conozca y se difunda), y toda información asociada con terceros cuyo nombre y apellidos coincidiese con el afectado, lesionándose los derechos de estos.

6.6. No se pueden desconocer otros aspectos del problema relacionados con la eficacia y proporción que las medidas adoptadas e impuestas a los buscadores tendrían para la tutela del derecho del afectado. Si la cancelación y bloqueo se solicita directa y exclusivamente frente un buscador determinado (en este caso Google), no se impediría que dicha información siga estando publicada en la página de origen y, por tanto, pueda ser localizada por cualquier usuario que acceda a la misma y por los demás buscadores que operan en el mercado. Ello permite a día de hoy que esta información, cuyo bloqueo se pretenden, no solo siga publicada y pueda ser consultada en la página de origen sino que además pueda ser localizada e indexada por los demás buscadores que operan en el mercado.

6.7. Frente a ello, no puede desconocerse la necesidad de proporcionar una tutela efectiva a la protección de datos del afectado. La facilidad con que se replica una información en otras páginas web, la posibilidad de cambiar el nombre y ubicación de la página reproduciendo la misma información y la dificultad añadida de tener que actuar frente a páginas web que pueden estar ubicadas en otro Estado, puede hacer ineficaz y excesivamente gravosa la tutela de los derechos del afectado si tiene que dirigirse, con carácter principal, contra todas las páginas web en la que se aloje dicha información. La tutela directa de sus derechos frente al buscador tiene la ventaja de que impide, o al menos dificulta enormemente, la fácil localización y la difusión generalizada de los datos que trata de proteger y los peligros que supone la utilización de estos buscadores para tener acceso a todos los datos de una persona física elaborando, incluso perfiles personales. Sin olvidar que es el afectado el que debe determinar el

alcance que la tutela de sus derechos debe tener, siempre que ello sea conforme con la normativa vigente.

6.8. En base a estas consideraciones este Tribunal alberga dudas sobre el alcance de la responsabilidad de los buscadores en la tutela de los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE que pueden plantearse en los siguientes términos:

¿Puede la autoridad nacional de control de datos (en este caso la Agencia Española de Protección de Datos), tutelando los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE, requerir directamente al buscador para exigirle la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin dirigirse previa o simultáneamente al titular de la página web en la que se ubica dicha información?

¿Se excluiría la obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene esos datos se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?

La cuestión planteada es relevante para este litigio pues la Agencia Española de Protección de Datos consideró que la publicación de la información que contenía sus datos era lícita y estaba justificada en una norma legal permitiendo que se mantuviese en la página web de origen, y, sin embargo, dirigió un requerimiento al buscador de Google para que retirase dicha información de sus índices.

7. Alcance de los derechos de supresión y bloqueo (cancelación) y/o oposición al tratamiento que tiene el afectado: eventual inclusión de su “derecho al olvido”.

7.1. Finalmente se plantea en este recurso el alcance y contenido que deben tener los derechos de bloqueo, supresión y/o oposición del afectado. La determinación de si existe un poder de disposición del particular sobre las informaciones que se publican en la red sobre su persona, incluyendo el llamado “derecho al olvido”, en especial

cuando se ejercitan frente a un buscador, aparece íntimamente vinculada con la cuestión debatida en este litigio y se constituye como uno de los aspectos nucleares de la presente polémica.

7.2. La Agencia de Protección de Datos considera que el particular puede instar la cancelación de sus datos o de alguna información que le afecte, cuando entienda que esta “atenta o puede atentar” a su dignidad, entendida como un concepto amplio.

Por el contrario, las empresas recurrentes niegan que exista en la normativa española y comunitaria en materia de protección de datos el “pretendido derecho al olvido” como el que utiliza la AEPD para justificar su actuación.

7.3. El problema se centra, por tanto, en determinar si el derecho de protección de datos, contenido en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y regulado en la Directiva comunitaria 95/46/CE, y en especial por lo que se refiere al ejercicio de los derechos de cancelación, supresión y/o oposición en los términos previstos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva, comprende el deseo o voluntad de una persona, incluyendo el derecho al olvido, a que una determinada noticia o información que aparece vinculada a ella y que permite identificarla, no pueda ser indexada, mantenida indefinidamente y difundida por los buscadores en internet.

No debe olvidarse que de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva los datos tratados no solo han de ser adecuados, pertinentes, no excesivos y exactos cuando se recaban sino cuando posteriormente son tratados.

En el caso que nos ocupa, la información cuya cancelación y bloqueo se solicita debe reputarse completa y exacta en su origen, ninguna objeción se ha formulado en tal sentido ni por el afectado ni por la resolución administrativa que tutela este derecho frente a Google. El problema surge respecto de la permanencia en el tiempo de dicha información en la red y la posibilidad de ser localizada de forma sencilla por cualquier usuario utilizando los buscadores.

7.4. Las medidas adoptadas respecto a la empresa que gestiona el buscador han de ser necesarias y adecuadas para proteger los derechos del afectado, pero también han de ser proporcionadas y eficaces en la medida en que afectan o pueden afectar no solo a la actividad y fines que persiguen los motores de búsqueda en la sociedad actual y al desarrollo de su actividad comercial, sino también en relación con los derechos y libertades de terceros (los titulares de páginas web en el que se aloja dicha información y los derechos y libertades a recibir y comunicar información de los internautas, e incluso el cumplimiento de obligaciones legales), que habrá de ponderar y abordar en relación a la cuestión que se plantea.

Se parte de la importancia que los buscadores tienen en la sociedad actual, al permitir una fácil y rápida localización de la ingente cantidad de información que existe en internet, contribuyendo de forma decisiva a que la misma sea accesible de forma inmediata a un gran número de usuarios en el mundo y, consecuentemente, al desarrollo de la sociedad de la información y a la creación de una opinión pública mejor informada, por lo que el uso o tratamiento de esos datos (suponiendo que exista dicho tratamiento) podría estar amparado por el interés legítimo que cumplen los buscadores en la transmisión y localización de datos e información en nuestra sociedad y en el derecho a obtener información por parte de los usuarios. No cabe desconocer tampoco la importancia que esta herramienta tiene para los titulares de las páginas web en las que se aloja dicha información, pues si la difusión de sus contenidos se restringe se vería afectado también su derecho a transmitir información por internet. Es más, podría incidir en el correcto funcionamiento de los servicios públicos y los mecanismos previstos en la ley para cumplir los fines que le han sido encomendados, piénsese que en el supuesto que nos ocupa se estaría restringiendo la publicidad de una subasta pública ordenada por una Administración pública que utiliza este medio precisamente para permitir la concurrencia de licitadores que quieran pujar para adjudicarse el bien inmueble.

7.5. Frente a ello cabe plantearse si cuando el afectado ejerce su derecho de supresión y bloqueo o cuando utiliza su derecho de oposición al tratamiento por “razones legítimas propias de su situación particular” (art. 14.a) en relación con el art. 7.f) de la Directiva), puede comprenderse su voluntad de que no se indexe y difunda la información relativa a su persona, que aun siendo lícita y exacta, considere negativa o perjudicial para su persona, incluyendo su derecho al olvido.

Las razones por las que una persona física puede considerar que una información, incluso aquella que aparentemente pueda aparecer inocua, puede dañar su dignidad o tener una repercusión negativa en su esfera personal, social o profesional pueden ser muy variadas, y en muchas ocasiones tienen un marcado componente subjetivo. El problema se complica por las especiales características que tiene la difusión de la información en internet y el importante papel que tienen los buscadores de contenidos para facilitar la difusión y el conocimiento de esa información que una persona considera perjudicial.

Internet traspasa fronteras y límites temporales y los buscadores potencian ese efecto, permitiendo una difusión global de esa información y facilitando su localización. Ello implica importantes riesgos para la adecuada protección de los datos personales de los ciudadanos, pues al permitir buscar de forma rápida y sencilla toda la información que existe en internet sobre una persona se incrementan las posibilidades de que cualquier usuario tenga acceso a datos e informaciones referidas a una persona que antes eran de difícil localización, permitiendo crear perfiles de las personas y construir un “historial” de su vida y actividades o de su trayectoria económica o profesional. Y este riesgo no solo existe respecto de personas con proyección pública o mediática sino que afecta a cualquier ciudadano que ve como se incluyen en internet una gran cantidad de datos o informaciones relacionados con su persona que afectan a aspectos cotidianos de su actividad diaria. La información o los datos

que se incluyen en Internet tampoco tienen que estar relacionados, necesariamente, con asuntos de interés informativo o trascendencia general.

Por otra parte, una información que antes de la aparición de estas nuevas tecnologías tenía una difusión limitada territorial y temporalmente, y que al cabo del tiempo caía en el olvido, en estos momentos puede ser localizada fácilmente, con una difusión global, y sobre todo no se olvida, permanece en la red indefinidamente. Esto supone un peligro añadido y potencialmente muy grave para la protección de datos de las personas pues una información, aun lícita y exacta en su origen, por el transcurso del tiempo puede haber dejado de ser actual al haber sido superada por acontecimientos posteriores que la desvirtúan o minimizan y, sin embargo, cada vez que se teclea el nombre de una persona en un buscador vuelve a recordarse aquel acontecimiento o información relacionado con su persona.

Aún en aquellos supuestos en los que la información sea reciente, el afectado, consciente de que esa información que se incorpora a internet podrá ser localizada a lo largo de toda su vida, puede tener interés en que su difusión no se propague y le persiga a lo largo de toda su vida y la de sus descendientes. En términos más amplios se podría plantear si una persona tiene derecho a que no se localicen por los buscadores aquellas noticias o informaciones, que en cuanto permiten identificarla y relacionarla con dicha información, no desea que se mantengan en Internet y sea conocida por todos los internautas, reduciendo el número de datos e informaciones sobre su persona que desean que sean conocidas por los demás.

Las herramientas tecnológicas actuales, especialmente los motores de búsqueda, potencian que los afectados estén sometidos permanente a la exposición pública y general sobre un hecho o acontecimiento que, aun siendo cierto, no desea que le sea recordado permanentemente y cuyo conocimiento puede perjudicarle en su entorno social y profesional.

Pero, por otra parte, si se admite que el derecho de cancelación y oposición permite que una persona pueda decidir la información que desea que se conozca y se difunda en la red y cual no, se estaría admitiendo que la información disponible puede ser “filtrada”, y en cierta forma censurada por el afectado, corriéndose el peligro de que tan solo se difunda aquella que le beneficia, limitando aquella que, aunque sea lícita y veraz, no se desea que se conozca. Ello desvirtuaría, en cierta forma, la fiabilidad y objetividad de la información que puede ser consultada.

7.6. Por todo ello este Tribunal plantea la pregunta siguiente:

¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, (regulados en el art. 12.b) y el de oposición (regulado en el art. 14.a de la Directiva 95/46/CE), incluyen la posibilidad de que el interesado puede dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?.

La determinación del alcance de los derechos de supresión, bloqueo (en derecho español cancelación) y oposición del afectado frente a los buscadores de contenidos en internet, incluyendo el derecho al olvido, resulta relevante para la solución del presente litigio pues, tal y como hemos expuesto a lo largo de esta resolución, el interesado al introducir su nombre y apellidos en el buscador de Google aparecen diversos enlaces que le relacionan con el embargo y anuncio de una subasta (en la que se incluían su nombre y apellidos) de un bien inmueble de su propiedad por deudas a la Seguridad Social y aunque este hecho fue exacto y completo cuando se incluyó, el afectado se opone a su tratamiento por entender que el problema que motivó esta subasta está solucionado y resuelto desde hace años, careciendo de relevancia alguna actualmente, y, sin embargo, la

información referida a este hecho sigue apareciendo en el buscador y no desea que sea conocida.

8. Trascendencia de la cuestión prejudicial respecto de otros Estados miembros y otros recursos ante este mismo Tribunal.

Este Tribunal ha justificado lo largo de esta resolución la relevancia que las diferentes cuestiones planteadas tienen para la solución de este litigio. Pero al mismo tiempo no debe dejar de destacarse que los problemas que se suscitan en este recurso y sobre los que se plantean las dudas interpretativas pueden afectar a todos los demás Estados miembros, pues este Tribunal tiene constancia de la existencia de varias resoluciones administrativas y judiciales de otros Estados miembros que ponen de manifiesto el alcance general de este problema y la posibilidad de llegar a soluciones diferentes en la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria en materia de Protección de Datos. Así, se han aportado a este procedimiento varias decisiones o resoluciones de autoridades o tribunales de los Estados miembros, entre ellas cabe destacar: La resolución de la Autoridad Italiana de Protección de Datos de 11 de diciembre de 2008 que declara inadmisibile la petición de cancelación de datos interpuesta por un particular contra la empresa Google Inc al considerar que dicha empresa no esta ubicada en ninguno de los Estados miembros de la Unión Europea y ejecuta su tratamiento de datos mediante servidores ubicados en EEUU. La Sentencia del “Tribunal de Grande Instance de Paris” de 14 de abril de 2008 que resolvió una demanda presentada por un particular contra las empresas Google Inc., y Google France, en la que se afirma que el servicio se presta exclusivamente por Google Inc., empresa que no está establecida en Francia ni utiliza medios humanos y materiales en Francia, siendo Google France un mero agente comercial, considerando que el tratamiento estará sometido a la normativa Californiana de Protección de Datos. Y la sentencia de 2 de junio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Bruselas que decidió la demanda interpuesta por un particular

contra Google Belgium por la localización en su buscador de una información referida a un juicio al que se vió sometido varios años antes, en la que se consideró que el poder de filtrar los resultados de búsqueda no lo tenía Google Belgium sino Google Inc con domicilio en California.

Debe destacarse, también, que el problema jurídico debatido en este recurso es común a un gran número de procedimientos que se tramitan en este Tribunal (aproximadamente 130), en los que, al igual que en este recurso, la Agencia de Protección de Datos ha dirigido requerimientos directos a la empresa Google para que retire determinados datos de los afectados de su índice e impida que sean localizados por sus buscadores. No hemos considerado procedente plantear tantas cuestiones prejudiciales como recursos existentes, y se ha optado suscitar la cuestión prejudicial tan solo en éste, que, como es lógico, no abarca toda la variada problemática de supuestos que se plantean, a la espera de que la respuesta que nos proporcione el Tribunal de Justicia nos sirva para poder dar una solución uniforme al problema común que en ellos se suscita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL DEL REINO DE ESPAÑA, ACUERDA PLANTEAR AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA CUESTIÓN PREJUDICIAL DE INTERPRETACIÓN, al amparo del art. 267 del TFUE, sobre las siguientes cuestiones:

1. Por lo que respecta a la aplicación territorial de la Directiva 95/46/CE y, consiguientemente de la normativa española de protección de datos:

1.1 ¿Debe interpretarse que existe un “establecimiento”, en los términos descritos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, cuando concurra alguno o algunos de los siguientes supuestos:

– cuando la empresa proveedora del motor de búsqueda crea en un Estado Miembro una oficina o filial destinada a la promoción y venta de los espacios publicitarios del buscador, que dirige su actividad a los habitantes de ese Estado,

o

– cuando la empresa matriz designa a una filial ubicada en ese Estado miembro como su representante y responsable del tratamiento de dos ficheros concretos que guardan relación con los datos de los clientes que contrataron publicidad con dicha empresa

o

– cuando la oficina o filial establecida en un Estado miembro traslada a la empresa matriz, radicada fuera de la Unión Europea, las solicitudes y requerimientos que le dirigen tanto los afectados como las autoridades competentes en relación con el respeto al derecho de protección de datos, aun cuando dicha colaboración se realice de forma voluntaria?

1.2 ¿Debe interpretarse el art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE en el sentido de que existe un “recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro”

cuando un buscador utilice arañas o robots para localizar e indexar la información contenida en páginas web ubicadas en servidores de ese Estado miembro

o

cuando utilice un nombre de dominio propio de un Estado miembro y dirija las búsquedas y los resultados en función del idioma de ese Estado miembro?.

1.3 ¿Puede considerarse como un recurso a medios, en los términos del art. 4.1.c de la Directiva 95/46/CE, el almacenamiento temporal de la información indexada por los buscadores en internet? Si la respuesta a esta última cuestión fuera afirmativa, ¿puede entenderse que este criterio de conexión concurre cuando la empresa

se niega a revelar el lugar donde almacena estos índices alegando razones competitivas?

1.4. Con independencia de la respuesta a las preguntas anteriores y especialmente en el caso en que se considerase por el Tribunal de Justicia de la Unión que no concurren los criterios de conexión previstos en el art. 4 de la Directiva,

¿Debe aplicarse la Directiva 95/46/CE en materia de protección de datos, a la luz del art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el país miembro donde se localice el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela más eficaz de los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea?

2. Por lo que respecta a la actividad de los buscadores como proveedor de contenidos en relación con la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos:

2.1. En relación con la actividad del buscador de la empresa “Google” en internet, como proveedor de contenidos, consistente en localizar la información publicada o incluida en la red por terceros, indexarla de forma automática, almacenarla temporalmente y finalmente ponerla a disposición de los internautas con un cierto orden de preferencia, cuando dicha información contenga datos personales de terceras personas,

¿Debe interpretarse una actividad como la descrita comprendida en el concepto de “tratamiento de datos” contenido en el art. 2.b de la Directiva 95/46/CE?

2.2. En caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa y siempre en relación con una actividad como la ya descrita: ¿Debe interpretarse el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE, en el sentido de considerar que la empresa que gestiona el buscador “Google” es “responsable del tratamiento” de los datos personales contenidos en las páginas web que indexa?.

2.3. En el caso de que la respuesta anterior fuera afirmativa: ¿Puede la autoridad nacional de control de datos (en este caso la Agencia Española de Protección de Datos), tutelando los derechos contenidos en el art. 12.b) y 14.a) de la Directiva 95/46/CE, requerir directamente al buscador de la empresa “Google” para exigirle la retirada de sus índices de una información publicada por terceros, sin dirigirse previa o simultáneamente al titular de la página web en la que se ubica dicha información?

2.4. En el caso de que la respuesta a esta última pregunta fuera afirmativa, ¿Se excluiría la obligación de los buscadores de tutelar estos derechos cuando la información que contiene los datos personales se haya publicado lícitamente por terceros y se mantenga en la página web de origen?

3. Respecto al alcance del derecho de cancelación y/oposición en relación con el derecho al olvido se plantea la siguiente pregunta:

3.1. ¿Debe interpretarse que los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la Directiva 95/46/CE comprenden que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores para impedir la indexación de la información referida a su persona, publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros?

Documentación que se acompaña.

Como anexo documental al presente Auto se remitirán los siguientes documentos:

ANEXO I – Documentos relevantes del expediente administrativo.

ANEXO II – Demandas presentadas por las empresas Google Spain y Google Inc.

ANEXO III – Contestación a la demanda del Abogado del Estado y de la representación de D. Mario Costeja.

ANEXO IV – Providencia por la que se acordó dar traslado a las partes personadas para que alegasen sobre el posible planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Alegaciones de las partes

ANEXO V – Normativa nacional relevante para el caso que nos ocupa, a los únicos efectos de facilitar su consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos., e Ilmas. Sres., y Sras., al margen citados; doy fe.



Dignidade da pessoa humana e os riscos eletrônicos

NEWTON DE LUCCA¹

I. Considerações introdutórias

No mundo contemporâneo é evidente a ocorrência de profundas modificações, não somente no plano social, mas também no campo político e econômico. Surge uma nova era para a humanidade, caracterizada pelo advento de inovadoras tecnologias da informação, que transformaram de modo substancial os canais pelos quais dá-se a declaração da vontade humana.

No capítulo 2 do *Livro Verde* produzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, em setembro de 2000, podem ser lidas as seguintes considerações: *“Assistir à televisão, falar ao telefone, movimentar a conta em terminal bancário e, pela Internet, verificar multas de trânsito, comprar discos, trocar mensagens com o outro lado do planeta, pesquisar e estudar são hoje atividades cotidianas, no mundo inteiro e no Brasil. Rapidamente nos adaptamos a essas novidades e passamos – em geral sem uma percepção clara nem maiores questionamentos – a viver*

¹ Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Titular pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito Gvlaw. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu da UNINOVE. Presidente do TRF da 3ª Região – biênio 2012/2014. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

na *Sociedade da Informação*, uma nova era em que a informação flui a velocidades e em quantidades há apenas poucos anos inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais. Como essa revolução vem acontecendo? Que consequências tem trazido para as pessoas, as organizações e o conjunto da sociedade? São perguntas cuja importância mal percebemos e que, na maioria das vezes, não nos preocupamos em responder.”

Em decorrência do aparecimento dessas novas tecnologias, passamos a nos deparar com aquela que é, repetidamente, chamada de *Sociedade da Informação* ou *Sociedade Digital* e sobre a qual cumpre fazer breves indagações.

Assinala José de Oliveira Ascensão², com a propriedade de sempre, que a *Sociedade da Informação*, não seria, propriamente, um conceito técnico, parecendo mais um mero slogan, acrescentando-nos que “Melhor sealaria até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar a mensagem como informação.”

De minha parte, inspirado fundamentalmente nas ideias do filósofo Pierre Lévy, gostaria de vislumbrar, na era que se acha em formação com o advento das novas tecnologias, não apenas uma *Sociedade da Informação*, mas uma verdadeira *Sociedade do Conhecimento*³.

Discorrer sobre temas que estão imbricados nessa nova sociedade – seja ela denominada *Digital, da Informação ou do Conhecimento* –, constitui uma tarefa extraordinária. O jurista, com efeito, é um ser refratário a toda a inovação. Falar-se em relações entre Direito e Cibernética não desperta nele nenhum entusiasmo, salvo para aqueles

² Cf. *A Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Coimbra editora, 1999, p. 167.

³ Numa entrevista levada ao ar pelo Programa Roda Viva, da TV Cultura, no ano 2000, o referido filósofo, com clareza de ideias e fluência verbal impressionantes, expôs, em linhas gerais, a perspectiva dessa sua ideia que, nos anos posteriores, viria confirmar-se plenamente.

que sejam absolutamente conscientes da radical historicidade do fenômeno jurídico a que se referiu, com propriedade, Pérez Luño⁴.

Por sua vez, o Eminentíssimo Professor e Ministro da Suprema Corte da Nação Argentina, Ricardo Luís Lorenzetti⁵, em passagem por mim tantas vezes repetida, explica:

“O surgimento da era digital tem suscitado a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, à liberdade e observa-se que muitos enfoques não apresentam a sofisticação teórica que semelhantes problemas requerem; esterilizam-se obnubilados pela retórica, pela ideologia e pela ingenuidade.”

Em razão dessas inovações tecnológicas, um novo tipo de consumidor nasce no mercado de consumo – o do consumidor internauta – tornando-se necessária a criação de normas com o objetivo de protegê-lo, como já se mostra tão patente no cenário da economia tradicional, e de forma mais acentuada com relação a esse novo personagem já que ele, aventurando-se por “mares nunca d’antes navegados”, tem a sua vulnerabilidade acentuada. É precisamente a preservação da dignidade desse novo personagem, em especial a proteção de seu direito a privacidade, como garantia fundamental, bem como os riscos inerentes a utilização dos novos meios tecnológicos, principalmente a *internet*⁶, que analisaremos a seguir.

⁴ Cf. LUÑO, Pérez, *Cibernética, Informática y Derecho – Un análisis metodológico*, Publicação do Real Colégio de España, Bolonia, p. 11.

⁵ Cf. *Tratado de los contratos*, Santa Fé, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, abril de 2000, Tomo III, Capítulo LXVII, *Informática, cyberlaw, e-commerce*, p. 833 e, posteriormente, republicado em *Direito & Internet – Aspectos Jurídicos relevantes*, obra coletiva, São Paulo: Edipro, 2000, pp. 419 e ss.

⁶ A palavra *internet* será utilizada, ao longo de presente artigo, sempre com o “i” minúsculo, como parece ser mais adequado. Assim me manifestei anteriormente sobre essa escolha (*Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13, nota de rodapé), fundado nas razões expostas pelo Professor Le Tourneaux, citado por Christiane Féral-Schuhl, que

II. O Direito do espaço virtual

O direito virtual ou direito do espaço virtual ou, ainda, direito

ora me permito reproduzir: “*Faut-il rappeler, avant de commencer, que le mot ‘internet’ n’est pas une marque, mais un nom générique qui, comme tel, doit recevoir un article (l’internet) et point de majuscule, exactement comme le téléphone, le minitel, la radio, le telex ou la télévision*” (extraído de la revue Expertises, janeiro, 1999, p. 419)”. Sendo vários os conceitos possíveis da palavra (rede das redes, meio ou técnica de comunicação à distância, conjunto de redes interconectadas, novo meio de consumo, conjunto de lugares, superautopista, “*ampla reunião de rede de computadores, cadeia de redes que convida à troca de diferentes tipos de dados e à prestação de serviços variados no mundo inteiro, a todas as pessoas equipadas de um computador munido de um modem*” etc. etc), forçosa a conclusão de seu caráter polissêmico, como bem anotado por Marco Antônio Zanellato (*Condutas Ilícitas na Sociedade Digital*, in Revista do Direito do Consumidor n.º 44, outubro-dezembro de 2002, p. 210). Como alguns desses seus vários sentidos apontados são extremamente assemelhados, poder-se-ia dizer que *internet* é um vocábulo *plurívoco analógico*. Veja-se, no entanto, a posição contrária de Marcel Leonardi, defendida em seu livro “*Tutela e Privacidade na Internet*” (1.º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 23, nota de rodapé nº 1), onde esclarece: “*Neste trabalho, a expressão Internet será grafada com “i” maiúsculo, referente à rede global de computadores conectados entre si. É oportuno recordar que internet com “i” minúsculo é a contração de interconnected network (rede interconectada), expressão que pode ser usada para se referir a redes de computadores privadas interligadas sem qualquer relação com a Internet global. Em outras palavras, a Internet é uma internet, mas a recíproca não é verdadeira. Cf. LYDIA PARZIALE ET AL., TCP/IP Tutorial and technical overview, 8. ed. Armonk, Nova York: International Business Machines Corporation, 2006, p. 4.*

da internet⁷ – como já me referi em oportunidades anteriores⁸ –, pode ser concebido como um novo campo de reflexão para o jurista contemporâneo e definido como aquele ramo de investigação que se

⁷ A palavra *internet*, além de uso absolutamente correntio em nossa língua, já se encontra em texto normativo, sendo assim definida pela alínea “a” do item 3 da Norma 004/95, aprovada pela Portaria n.º 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério do Estado das Comunicações: “Nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores”, consoante anotei em *Títulos e Contratos Eletrônicos – o advento da Informática e seu impacto no mundo jurídico*, in *Internet e Direito – Aspectos Jurídicos Relevantes*, obra coletiva, 1ª. edição, São Paulo: Edipro, 2000, p. 45, nota de rodapé n.º 55. Tem-se usado, na linguagem comum, a expressão como sinônima de Rede Mundial de Computadores. Sobre tal questão, de caráter meramente terminológico, manifestei-me da seguinte forma (*Alguns aspectos jurídicos da responsabilidade civil no âmbito da Internet*, publicado em *A responsabilidade civil no século XXI*, obra coletiva coordenada por Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, Editora Saraiva, 2003): “Não é verdade, rigorosamente falando, que as expressões se equivalham, como recorrentemente se apregoa. A World Wide Web ou apenas Web constitui um dos aplicativos da internet – conquanto seja, hoje, o mais importante deles – ao lado do e-mail (correio eletrônico), da Usenet (rede utilizada para a remessa de dados a grupos de distribuição de notícias), do FTP ou Protocolo de Transferência de Arquivos (file transfer protocol), utilizado para transferir arquivos entre os computadores pela rede, da Telnet (sistema que permite a difusão da voz em tempo real, semelhante ao telefone) etc. etc.”

⁸ Primeiramente em *Títulos e Contratos Eletrônicos – o advento da Informática e seu impacto no mundo jurídico*, in *Internet e Direito – Aspectos Jurídicos Relevantes*, obra coletiva, São Paulo: Edipro, 2000, p. 22 e, posteriormente, em *Alguns aspectos jurídicos da responsabilidade civil no âmbito da Internet*, publicado em *A responsabilidade civil no século XXI*, obra coletiva coordenada por Maria Helena Diniz, Editora Saraiva, 2003. Sabe-se que muitas outras denominações têm sido igualmente utilizadas para designar esse novo ramo de investigação da Ciência Jurídica. *Direito no ciberespaço*, por exemplo, é o título da excelente obra de Manuel Lopes Rocha e Mário Macedo (Lisboa: Edições Cosmos, 1996). Encontram-se muito amiúde, igualmente, *direito na era digital*, *direito da multimídia* e assim por diante, cabendo recordar-se, talvez, do famoso desabafo de nosso grande Carvalho de Mendonça, a respeito da tarefa de classificação dos títulos de crédito, dizendo que tudo não passaria de mera convenção.

ocupa do impacto da *internet* sobre a vida das pessoas, considerada a esfera jurídica em que elas atuam.

Passamos, efetivamente, da era atômica à era digital⁹. Esther Morón descreve, com felicidade, esse novo fenômeno¹⁰:

“Para poder apreciar as vantagens e consequências de ‘ser digital’, deve aconselhar-se reflexionar sobre a diferença entre átomos e bits. Como já se afirmou, a maior parte da informação nos chega em forma de átomos: livros, periódicos, revistas. O mundo é feito de átomos. Um bit não tem cor, tamanho nem peso. É o DNA da informação. É tão-somente um número, cuja representação mais elementar é uma sequência de zeros e uns. Os bits sempre foram o elemento básico da informação, mas nos últimos vinte e cinco anos tem-se conseguido digitalizar

⁹ Em editorial de 01/01/2001, p. 3, o jornal “O Estado de São Paulo”, depois de assinalar, com acerto, que a divisão do tempo em períodos como dias, anos, séculos e milênio, servia apenas a propósitos práticos mas não para determinar o início e o fim da aventura humana sobre a Terra, concluía: “Que nome dar a esse século? Nenhum. Ele foi o século XX, e nada mais além de ter sido o último do segundo milênio.” Parece possível, no entanto – ainda que não deixe de ser, até certo ponto, também um propósito prático – chamarmos o século XX de a centúria do átomo, reservando-se, para este século XXI, a mais do que provável denominação de o século *digital*. Observa, a propósito, Marco Aurélio Greco (*Transações eletrônicas. Aspectos jurídicos*, in Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, RT, v. 8, abril/junho de 2000, p. 69): “A atual revolução tecnológica pode ser resumida no reconhecimento de que estamos passando ‘dos átomos para os bits’. O que isso significa? Os átomos serviam de meio físico para transporte e comunicação de mensagens no sentido de que ‘contrato’ tanto significava o vínculo jurídico como o documento redigido em papel (ou pergaminho) revestido de certas formalidades. Os átomos do papel eram o meio físico para transmitir a mensagem ‘jurídica’ da criação das relações, obrigações etc. Uma nova civilização está em criação; nesta, o conceito relevante não é mais o de átomo, mas sim o de bit, o que traz profunda alteração na estrutura das relações e na relevância dos projetos, pois a mensagem se desatrela do meio físico passando a ter vida própria independente de estar superposta a átomos.”

¹⁰ Cf. *Internet y Derecho Penal: ‘hacking’ y otras conductas ilícitas em la red*, in Revista de Derecho y Proceso Penal, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1999, n.º 1, p. 79.

cada vez mais tipos de informação, auditiva e visual, por exemplo, reduzindo-os de igual maneira a números.

Digitalizar significa converter em números o que se quer transmitir. A digitalização permite que distintos tipos de dados e de informação, como textos, voz e imagens possam converter-se em números, ser tratados do mesmo modo e transmitido pelas mesmas linhas. O fenômeno multimídia, ou hipermídia é o resultado da digitalização de todos os tipos de sinais.

A digitalização da informação é um conceito chave para entender as novas tecnologias e sua generalização tem operado uma divisão radical entre o analógico e o digital. O mundo digital é o mundo da informação convertida em dígitos e o mundo analógico é o restante”.

A transição que vivemos é evidente e a influência da internet na vida das pessoas é inquestionável. Assim como a Revolução Industrial haveria de modificar as feições do mundo, a Revolução Digital, que acontece, atualmente, transformará, por certo, as faces do planeta. A diferença entre uma e outra – se é que se tenha segurança, para tentar estabelecer um paralelismo entre ambas – situa-se na velocidade surpreendentemente maior com que referidas transformações ocorrem durante a segunda.

Enquanto na sociedade industrializada, era a quantidade de trabalho investida nos produtos e serviços que servia de paradigma de valor, na sociedade digitalizada, é a quantidade de informação e conhecimento que tais produtos e serviços conseguirem agregar que determinará a formação do paradigma.

O palco onde ocorrerá o *topos* dessa agregação é o chamado *ciberespaço*¹¹, no qual ocorre, segundo o filósofo francês Pierre Levy¹², uma “*globalização de significados*”, *in verbis*:

“O ciberespaço dissolve a pragmática da comunicação que, desde a invenção da escrita, havia conjugado o universal e a totalidade. Ele nos reconduz, de fato, à situação anterior

¹¹ Contra uma expressiva maioria, continuo a preferir a expressão *espaço cibernético* a *ciberespaço*, conforme já me manifestara em *Titulos e Contratos Eletrônicos – o advento da Informática e seu impacto no mundo jurídico*, in *Internet e Direito – Aspectos Jurídicos Relevantes*, ob. cit., p. 28, nota de rodapé n.º 18. Sem embargo da ampla discussão possível no plano filológico, o fato é que a palavra *ciberespaço* não foi encontrada em nossos dicionários durante muito tempo, pois constitui-se num evidente barbarismo. Já em inglês, *cyberspace* é termo corretamente dicionarizado e quer dizer *espaço cibernético*. Dizer-se que *ciber* poderia ser usado pelo fato de já existir, como prefixo de *Cibernética*, não aproveita em nada, porquanto essa última palavra deriva do grego, *Kubernetikê*, ou *piloto*, a mesma palavra grega da qual tenha sido derivada, talvez, a palavra *governador*. Não sendo *ciber* ou *cyber* propriamente um prefixo, quer em português, quer em inglês, o uso de *ciberespaço* ou de *cyberspace*, respectivamente, dependerá de sua adoção pela ortografia oficial. Diz Norbert Wiener (*cibernética e sociedade, o uso humano de seres humanos*, tradução de José Paulo Paes, São Paulo: Editora Cultrix, s/d, p. 15) ter descoberto “*casualmente, mais tarde, que a palavra já havia sido usada por Ampère com referência à ciência política e que fora inserida em outro contexto por um cientista polonês; ambos os usos datavam dos primórdios do século XIX.*” Não obstante essa minha preferência, porém, estarei me utilizando no decorrer do trabalho e em eventuais traduções da palavra *ciberespaço*, exclusivamente pela circunstância de seu repetido uso entre nós. Se é verdade que, posteriormente a tais considerações, a palavra *ciberespaço* passou a figurar em nossos dicionários (Aurélio, Houaiss etc.), nem por isso considero-a preferível a *espaço virtual* ou a *espaço internáutico*, ou ainda, a *espaço cibernético* pelas razões expostas.

¹² Cf. *A globalização de significados*, in *jornal Folha de São Paulo*, Caderno Mais, edição de 7 de dezembro de 1997. O mesmo Pierre Levy, em outro artigo (*Cultura traz intelectuais de olho no futuro*, in *jornal O Estado de São Paulo*, edição de 24 de dezembro de 2000, Caderno telejornal, p. T6) destaca que a comunicação do saber é a chave do futuro, sendo necessária uma democracia conveniente à sociedade da *comunicação rápida* – segundo sua expressão – “*que nos faça ver a vitalidade da invenção e do pensamento coletivo.*”

à escrita – mas numa outra escala e numa outra órbita –, na medida em que a interconexão e o dinamismo em tempo real das memórias em rede faz com que o mesmo contexto, o imenso hipertexto vivo, seja compartilhado pelos integrantes da comunicação.

Seja qual for a mensagem abordada, ela se conecta a outras mensagens, a comentários, a glosas em constante evolução, a pessoas que por ela se interessam, a fóruns nos quais ela é debatida aqui e agora. Um texto qualquer é talvez o fragmento ignorado do hipertexto em constante movimento, que o envolve e o conecta a outros textos, servindo de mediador ou de meio a uma comunicação recíproca, interativa, ininterrupta. Sob o regime clássico da escrita, o leitor se acha condenado a reatualizar, a duras penas, o contexto, ou, então, a confiar no trabalho das igrejas, das instituições ou das escolas, obstinado em ressuscitar e captar o sentido”.

A grande interrogação inicial que se apresentou, após o advento da internet, é se haveria ou não a necessidade de elaboração de um estatuto jurídico que resolvesse essa nova esfera de tensão entre a segurança jurídica e a liberdade¹³.

Se certo fosse que o fenômeno *internet* não devesse ser objeto de nenhum tipo de regulamentação, como se desejou a princípio e como se defendeu por algum tempo, razão alguma existiria, evidentemente, para cogitar-se de um *direito do espaço virtual*.

Se, de outro lado, fosse igualmente verdadeiro que os tradicionais institutos fornecidos pelo Direito aplicar-se-iam à maravilha às relações jurídicas celebradas *on-line*, sem nenhuma necessidade de reflexão adicional sobre a plena compatibilidade ou não da estrutura

¹³ Cf. as considerações do grande penalista espanhol, Fermín Morales Prats, em seu prólogo à retro citada obra de Esther Morón Lerma (*Internet y Derecho Penal: 'hacking' y otras conductas ilícitas em la red*, in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Pamplona: Ed. Aranzadi, 1999, n.º 1, p. 15)

interna dessas relações com os paradigmas jurídicos existentes, também seria despendida a preocupação com a criação da referida disciplina.

Nenhuma dessas duas vertentes de pensamento, entretanto, logrou prevalecer, embora seja extremamente prematura ainda, no atual estágio da doutrina sobre a matéria, a tentativa de extrair-se essa ou aquela conclusão a respeito¹⁴.

Essa ideia de total ausência de regulamentação da *internet* foi sendo progressivamente substituída, quer pela de que os institutos jurídicos existentes seriam capazes de conduzir à solução dos conflitos de interesses, quer pela de que, com recurso a outras fontes – como a de uma auto-regulamentação –, poder-se-ia optar por algo análogo à “*lex mercatoria*”, chegando mesmo a ser designada por “*lex electronica*”.

Sobre a segunda corrente de pensamento – que logra vislumbrar a plena compatibilidade das relações jurídicas celebradas *on-line* com os institutos tradicionais e paradigmáticos da ciência jurídica –, conquanto parcialmente verdadeira, não tem sido considerada suficiente.

E não pode sê-lo, com efeito, pela simples razão de que os avanços tecnológicos tornaram ineficazes os tradicionais mecanismos de

¹⁴ Alguns equívocos corriqueiros, no entanto – tão joviais quanto pitorescos –, devem ser liminarmente afastados a fim de evitar-se que o jurista cuide do tema da *internet* como se se tratasse de mero assunto *da moda*, conforme já salientei em oportunidade anterior (Cf. artigo *Alguns aspectos jurídicos da responsabilidade civil no âmbito da Internet*, publicado na citada obra coletiva, pp. 423 a 469) sendo certo que a internacionalidade da utilização da *internet* exige nova reflexão jurídica, conforme muito bem destacado por Emilio Tosi (*Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, pp. 591/607.): “*Il progressivo crescente utilizzo di Internet anche per finalità commerciali – e non più solo di scambio di informazioni a titolo di cortesia o nell'esercizio di attività istituzionali non-profit – ha richiamato l'attenzione del giurista su una serie di problemi resi ancora più complessi dalla internazionalità del fenomeno.*”

proteção jurídica, sobretudo os relativos ao direito do autor, ao direito de marcas e patentes e aos atos de concorrência desleal¹⁵.

Com efeito, tanto a questão da liberdade plena na *internet* quanto a da eventual precariedade dos institutos jurídicos tradicionais para solucionar os litígios ocorrentes na rede, são bem mais complexas do que, à primeira vista, podem parecer. Nenhuma solução mais afoita, de caráter simplista, poderia servir adequadamente ao fenômeno que se tem pela frente.

José de Oliveira Ascensão¹⁶, ao tratar do tema, assim se pronunciou:

“A questão que se colocou inicialmente, quando despontou o modo de comunicação universal que é a Internet, foi a da aplicabilidade das regras jurídicas comuns no domínio do ciberespaço. As tendências que pretendiam ver na Internet um espaço livre de Direito, que traduziram a fase em que a Internet era ainda um veículo desinteressado de pesquisa e comunicação, foram rapidamente submergidas pelas necessidades comerciais de um enquadramento jurídico. Prevaleceu o princípio de que as regras comuns seriam também aplicáveis às transações virtuais.

Paradoxalmente, porém, à vitória do sim seguiu-se a sua negação progressiva. Cada vez se emitem mais regras espe-

¹⁵ Cite-se como um dos exemplos possíveis do que se acaba de afirmar no texto principal, uma eventual violação do direito autoral de uma obra musical de propriedade de um autor inglês, levada a cabo por um cidadão da Nigéria, hospedada em um site cujo servidor esteja situado na ilha de Tonga. É sabido que esse país tem dado guarida a *websites* com a terminação “.to”, claramente violadores de direitos autorais de que são titulares estrangeiros. A menos que o autor inglês dispusesse de elementos de conexão em outros países suficientes para que se afirmasse a competência dos mesmos, a Corte competente para julgar a violação seria a de Tonga, tornando imprestável para o autor violado a oferta da prestação jurisdicional...

¹⁶ Cf. “*Contratação em rede informática no Brasil*”, in Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nº 78, julho/agosto de 2006, Thomson – IOB, pp. 59/60.

cíficas da Internet, em nível mundial e nos diferentes países. A realidade passa assim a ser a de uma conversão gradual do direito comum em direito subsidiário, à medida que se adensa a disciplina própria do espaço virtual.

Ainda se está, todavia, muito longe do final do processo em nível internacional e nos diversos países. Particularmente no Brasil, a disciplina é muito tênue”.

É preciso entender-se, portanto, que o problema de ser ou não necessária uma regulamentação para o mundo virtual é muito mais uma questão política do que jurídica. Sobreleva notar, desde logo, que a *internet* representa, inquestionavelmente, um poderoso fator de desenvolvimento econômico.

Serviu ela, desde o início – e continua a servir, nos dias que correm –, de instrumento de difusão do poder na rede de usuários¹⁷. Basta ver, por exemplo, tanto o movimento de concentração econômica iniciado entre os provedores de acesso no Brasil, quanto a relação a que se poderia chamar de *dependência-complementaridade* existente entre esses mesmos provedores de acesso e os grandes fornecedores de conteúdo.

Acresça-se a isso a importância das entidades de certificação, seja no que tange ao reconhecimento das firmas digitais, seja no que concerne à confirmação de que os fornecedores de bens e de serviços na rede obedecem a regras de boa conduta consagradas em códigos deontológicos de países desenvolvidos¹⁸.

Outras iniciativas e fatos estão a revelar que os interesses econômicos envolvidos na questão internáutica são de natureza

¹⁷ Cf., a propósito, as considerações de Lawrence Lessig, in *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999,

¹⁸ Há, no Brasil, criada pela Fundação Carlos Alberto Vanzolini, ligada à Escola Politécnica da USP, uma Norma de Referência da Privacidade On-line – NRPOL, de junho de 2000, que tem a função de ser um código deontológico ou um feixe de princípios éticos a serem seguidos pelas organizações atuantes na *internet*.

transnacional e já ocupam grande parte do tempo dos organismos internacionais.

Por todas essas razões – apenas palidamente entrevistas –, o direito do espaço virtual há de despontar como reflexão jurídica necessária, apresentando-se como um dos direitos de geração mais avançada¹⁹. Ele já vem sendo, como se sabe, objeto de constantes preocupações por parte daqueles juristas que poderiam ser considerados de vanguarda²⁰.

Por derradeiro, assim como não me pareceu correto, desde o primeiro momento, o entendimento de que o Direito não deveria interferir no mundo da *internet* – deixando-se que ele venha a se formar naturalmente a partir dos usos e costumes que forem gradativamente se sedimentando –, também não se me afigura mais adequado o argumento de que o Direito deva determinar os rumos da *internet* e da sociedade em que vivemos.

Dizia Nietzsche que “*não há erro mais perigoso do que confundir o efeito com a causa*”. Não será o Direito, assim, que haverá de modificar a *internet* e a sociedade, mas estas sim é que nele determinarão as necessárias alterações. A Revolução Digital iniciou, é verdade, um longo processo de transformação do universo em que vivemos. Esperemos, no entanto, que o homem esteja sempre no centro das alterações em curso.

¹⁹ Sobre o sentido de atribuir-se diferentes *gerações* aos direitos e acerca da maior pertinência em falar-se de *dimensões* e não, propriamente, em *gerações*, cf. Paulo Bonavides “*Curso de Direito Constitucional*”, 6.^a edição, Malheiros Editores, 1996, p. 525.

²⁰ Entendo a expressão *de vanguarda*, no âmbito da ciência jurídica, adequada para aqueles juristas que, antenados no futuro, tentam se colocar adiante de seu tempo, antecipando a problemática jurídica que se deflagrará na realidade social. Poucos juristas brasileiros poderiam, rigorosamente falando, ser considerados, na atualidade, de vanguarda. San Tiago Dantas já chamara a atenção, com acuidade, para a diferença entre os juristas que, de um lado, estão sempre na linha de frente de combate, no *front* da luta por um nível mais alto de justiça nas relações entre os homens, daqueles que, de outro lado, apenas se limitam às tarefas de mera manipulação técnica processadas na retaguarda.

III. O Direito à privacidade. A Dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos

Como vimos no capítulo anterior, são muitas as situações que se apresentam como inteiramente novas para o universo jurídico. Entre tantas outras, passemos, agora, à análise da delicada questão da proteção à privacidade dos cidadãos, por tratar-se de um direito considerado fundamental pela Constituição brasileira e pelo fato de já ter sido objeto de notória preocupação em outros países²¹.

A Declaração de Direitos Humanos da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 12 expressamente prevê, *in verbis*:

“Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Por sua vez, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950, em seu artigo 8.º, estabelece:

“1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito de sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício desse direito, senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do

²¹ A Lei de Proteção de dados Land Hesse, editada em 1970, na Alemanha, parece ter sido a pioneira na proteção das liberdades individuais no âmbito da *internet*. Outros países que se seguiram, na regulamentação da matéria, em ordem alfabética, foram: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça.

país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros.”

O Eminent jurista Stefano Rodotà²², ao se manifestar sobre o tema da privacidade, brilhantemente explica que:

*“Da amplitude e da efetividade das garantias asseguradas à **privacidade** como momento constitutivo da esfera pública e da esfera privada, depende a possibilidade e em grande parte de que a sociedade da informação evolua para uma sociedade do conhecimento e do saber e não se transforme em uma sociedade da vigilância, da classificação e do controle”.*

No mesmo sentido é a diretiva 95/46/CE da União Europeia, de 24 de outubro de 1995²³, relativa à proteção das pessoas físicas no que se refere aos dados pessoais e à livre circulação de tais dados. Ressalte-se, aliás, que referida Diretiva serviu de modelo, exemplificativamente, à Lei Orgânica Espanhola 15/99, de 13 de dezembro de 1999, sobre a Proteção de Dados de Caráter Pessoal e, igualmente, à Lei Argentina 25.326, promulgada em 30 de outubro de 2000, sendo este o segundo diploma legal a tratar da matéria em nossa América Latina, posteriormente regulamentada pelo Decreto 1.558/2001²⁴.

²² *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 1º Edição, Ed. Laterza, 1997, pp. 160/161. “Dall’ampiezza e dall’effettività della garanzia assicurata alla **privacy** come momento costitutivo della sfera pubblica e della sfera privata, allora, dipende in gran parte la possibilità che la società dell’informazione si evolva verso una società ‘della conoscenza e del sapere’, e non si trasformi in una società della sorveglianza, della classificazione e del controllo.”

²³ Posteriormente, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia editaram a Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002.

²⁴ O primeiro texto legal foi o do Chile, pela Lei nº 19.628, de 28 de agosto de 1999. Em 2008, foi a vez do Uruguai, com a Lei nº 18.331, de 11 de agosto de 2008.

Na ordenação²⁵ jurídica brasileira, as normas de proteção da privacidade inserem-se tanto no nível constitucional quanto no infra-constitucional.

No primeiro caso, deve ser destacado, como norma de proteção irrestrita, o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, encartado no Capítulo I, relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, do Título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, conforme transcrição que se segue:

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”.

A seguir, no inciso XII, a Constituição Federal, determina a proteção dos dados pessoais, ao estabelecer que:

“XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Por sua vez, o Código Civil de 2002, estabelece em seu artigo 21 que:

“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

²⁵ Contra a quase unanimidade da doutrina nacional, venho me utilizando, invariavelmente, da palavra *ordenação* jurídica, de todo preferível, a meu ver, à palavra *ordenamento* jurídico. Com efeito, ela parece mais consentânea com o idioma português, não havendo razão para o emprego do italianismo, conforme já destacado pela autorizada voz do gramático Napoleão Mendes de Almeida. Afinal de contas, nós tivemos as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas e não ordenamentos afonsinos, manuelinos e filipinos.

Ressalte-se, ainda, que o Projeto de Lei 2126/2011, intitulado Marco Civil na internet, em trâmite na Câmara dos Deputados, e que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, prevê, expressamente a inviolabilidade e a proteção aos dados pessoais. É o que se verifica no disposto nos artigos 3º, II e III e 7º, I, do referido diploma legal, *in verbis*:

“Art. 3º – A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

...

II – proteção da privacidade;

III – proteção aos dados pessoais, na forma da lei;

...

Art. 7º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – à inviolabilidade e ao sigilo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;...”

É importante salientar que, ao aludir à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, a Constituição Federal refere-se, evidentemente, a quatro bens jurídicos relevantes e distintos um do outro, pois o legislador constituinte não desconhecia o velho adágio latino segundo o qual “*Verba cum effectu sunt accipienda*”, ou se se preferir no vernáculo, “*Não se presumem palavras inúteis na lei*”.

Por outro lado, é evidente que os conceitos de *intimidade* e de *privacidade* são ontologicamente diversos, muito embora alguns autores considerem a distinção de caráter nefelibata uma vez que a Constituição Federal, conforme visto acima, outorga o mesmo caráter protetivo a ambas esferas da pessoa humana.

Gilberto Haddad Jabur²⁶, nessa linha, tece as seguintes considerações sobre a matéria:

*“Privacidade é o círculo de maior raio no qual deitam existência a **intimidade** e, em círculo menor e mais concêntrico, o **segredo**. Diversidade técnico-protetiva entre esses variados graus de **riservatezza** não há. A Constituição Federal deferiu a mesma tutela à intimidade e à vida privada (art. 5º, X), de sorte a atribuir integral proteção à qualquer forma de reserva pessoal.*

De maneira que não há valia na distinção vocabular entre intimidade e vida privada, sequencialmente alinhados em obséquio à técnica legislativa de todo louvável à vista de variantes doutrinárias (insuficientes para minorar a tutela de um e de outro), motivo por que o texto se socorreu de ambos substantivos para afiançar o valor que endereçou a qualquer aspecto recôndito da pessoa”.

Além disso, há que se assinalar que os tribunais superiores têm se utilizado da expressão privacidade para se referir, tanto à proteção da intimidade quanto à vida privada, como bem exemplificou Marcel Leonardi em seu livro *Tutela e Privacidade na Internet*²⁷.

²⁶ Cf. *A dignidade e o rompimento da privacidade*, publicado na obra coletiva *Direito à privacidade*, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Jorge Pereira Junior, Aparecida – São Paulo: Ideias e Letras – Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 90.

²⁷ Cf. *Tutela e Privacidade na Internet*, 1º Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pp. 82 e 82 e Nota de rodapé 214: Cf., por exemplo, as seguintes decisões: a) Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário 535478/SC, julgado em outubro de 2008, e, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 655298-SP, julgado em 4 de novembro de 2007; b) Superior Tribunal de Justiça: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16235-SP, julgado em 29 de abril de 2008, e Agravo Regimental no Recurso Especial 809848-BA, julgado em 18 de maio de 2006.

Mais adiante, conclui referido Autor que²⁸: *“Felizmente, apesar de alguns autores ainda buscarem as distinções entre os conceitos de vida privada, intimidade e privacidade, bem como adotarem, em alguns casos, conceitos unitários de privacidade, parece haver um consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da necessidade de sua tutela do modo mais amplo possível, ante a caracterização da privacidade como direito de personalidade e como direito fundamental, cuja base é o princípio da dignidade humana, consagrado pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República.”*

Fundamental assinalar que a ordenação jurídica pátria, embora enumere em seus dispositivos os direitos de personalidade, tendo o Código Civil dedicado um capítulo inteiro ao assunto, não o faz de forma exaustiva, o que permite o reconhecimento de outros direitos de personalidade nela não mencionados.

Nesse sentido é o teor do Enunciado n° 274 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, o qual, ao tratar do art. 11 do Código Civil de 2002, estabelece: *“Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”*.

Vale ressaltar que a técnica de ponderação, mencionada no enunciado acima para a solução dos conflitos entre direitos de personalidade, refere-se, como bem definiu Gomes Canotilho, ao *“ato de balanceamento de valores e interesses”*²⁹.

Por outro lado, cumpre tecer algumas considerações acerca do princípio da dignidade humana, princípio esse que norteia todo o sistema normativo pátrio.

²⁸ Ob. Cit. p. 90.

²⁹ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161.

Com efeito, ao tratar da questão da ética na ordenação jurídica nacional, no livro “Da Ética Geral à Ética Empresarial”³⁰ manifestei-me lembrando que, segundo a Constituição brasileira – verdadeiro manancial de normas eminentemente éticas –, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros. Como diz o Eminentíssimo Professor e Ministro aposentado da mais alta Corte do País, Eros Roberto Grau³¹, com a propriedade de sempre, tal disposição está a significar que: “A livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”.

O conteúdo ético dessa disposição constitucional é indubitável, assim como, sem nenhum receio de erro, o mesmo poderia ser dito de várias outras normas, sobretudo do próprio art. 1º, ao aludir à dignidade da pessoa humana (inciso III) e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), cujo sentido e alcance torna-se despciendo assinalar.

Assim, ao tratar das finalidades da ordem econômica, o legislador constituinte volve ao fundamento da própria República Federativa do Brasil, ao aludir à existência digna, pois que não se pode conceber, em nenhuma hipótese, a indignidade da vida humana. Esse princípio fundamental da nossa Constituição – *dignidade da pessoa humana* –, ao qual designei como sendo um verdadeiro *metaprincípio*³², foi

³⁰ Lucca, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial* – São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 235 e ss.

³¹ Cf. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros 2006, p. 200.

³² Cf. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação de Consumo*, 2ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 9.

igualmente analisado, com extrema pertinência, pelo Prof. Luís Roberto Barroso³³ da seguinte forma:

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais”.

Assim, a dignidade da pessoa humana está erigida à condição de verdadeiro princípio constitucional e o não atendimento ao comando de um princípio é a forma mais grave de inconstitucionalidade ou ilegalidade, conforme acentua o ilustre Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello ³⁴ *“porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.*

Também o retro citado Eros Roberto Grau, depois de justificar seu distanciamento daquela construção de cunho liberal, por intermédio da qual criou-se uma dicotomia entre direitos e garantias constitucionais, com o propósito específico de distinguir diferentes graus de eficácia de uns e de outros, prefere aderir, com Canotilho, à ideia de que a distinção referida não se sustenta enquanto impeditiva de que as garantias institucionais venham a institucionalizar-se.

E conclui o Eminentíssimo jurista³⁵:

³³ Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381.

³⁴ Cf. *Elementos de Direito Administrativo*, 2a. ed., São Paulo, 1991, p. 300,

³⁵ Cf. *Direito Urbano*, Revista dos Tribunais, 1983, pp. 135/136.

“A aceitação da existência de direitos sem garantias implica estejamos a concebê-los como fórmulas vazias e a Constituição que os contemple como mero ‘papel pintado com tinta’... Em razão disso tenho por indispensável a superação da tese da separação absoluta entre direitos e garantias, o que nos leva à conclusão de que aqueles são de aplicação direta e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Judiciário e do Executivo”.

É sempre sedutora a ideia de discorrer sobre os princípios, pois eles constituem as normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, como já ensinava, com a percuciência de sempre Norberto Bobbio, conforme se pode ver no seguinte trecho³⁶:

“Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao

³⁶ Cf. *Teoria dell’Ordinamento Giuridico*, Torino: G. Giappichelli editore, 1960, pp. 181 e 182.

mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?”

Vezió Crisafulli³⁷, o renomado professor italiano citado por Bobbio no trecho acima, assinalava que: *“Os princípios gerais estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o consequente.”*

Sua contribuição para a doutrina da normatividade dos princípios foi marcante e muito reconhecida³⁸. Sua definição de “princípio” é a seguinte: *“Toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”*.

Ao discorrer sobre a eficácia dos princípios jurídicos afirma Crisafulli: *“Os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também estas escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas”*.

A Corte Constitucional italiana, numa de suas primeiras decisões em 1956, apregoava, sugestivamente, que: *“Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios da ordenação jurídica aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido da ordenação jurídica”*.

Jean Boulanger³⁹, professor da Faculdade de Direito de Lille, mostra a diferença existente entre um princípio jurídico e uma simples regra:

³⁷ Cf. *Per la determinazione del concetto dei principi generale del Diritto*, in *Studi sui Principi Generali dell’Ordinamento Giuridico*, Pisa, 1941, p. 240.

³⁸ Cf. Vezió Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principi*, in Paulo Bonavides, ob. cit., p. 244.

³⁹ Cf. *Principes Généreaux du Droit et Droit Positif*, in *Le Droit Privé Français au Millieu du XXe. Siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris: 1950, p. 51.

“Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade de regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio”.

E, em nosso meio, ao cuidar dos princípios gerais de direito, o saudoso Miguel Reale⁴⁰ explicava que eles correspondem àquelas *“enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”*

A importância de reconhecermos uma norma como tendo ou não natureza principiológica, vale dizer, como sendo ou não um princípio, assume importância fundamental no plano da exegese jurídica. É exatamente por ser a norma relativa à moralidade administrativa um verdadeiro princípio – e não, ao contrário, uma simples regra – que se torna possível, por exemplo, pensar-se no desfazimento de um ato administrativo que, mesmo produzido sob a égide da lei, encontra-se contaminado pelo vício da imoralidade.

Como diz o já citado José Afonso da Silva⁴¹, *“A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”* (grifos do autor).

Torna-se patente reconhecer, portanto, o forte conteúdo ético das normas da ordenação jurídica nacional, bem como dos textos das Declarações e Convenções Internacionais, mencionados ante-

⁴⁰ Cf. *Lições Preliminares de Direito*, 2^o ed., São Paulo: José Buchatsky, 1974, pp. 299 e 300.

⁴¹ Cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22^o ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 648.

riormente, valendo trazer à balha, para concluir, a lição preconizada pelo Eminentíssimo Professor Eduardo Bittar⁴² para quem:

“O plano da ética é o plano da ação, seja ela coletiva, seja individual. No entanto, carece dizer que o que dá origem a uma ética coletiva é o esforço das ações individuais. Assim, todo processo de formação de uma identidade ética e de uma consciência ética para uma coletividade decorre de um princípio: a ação individual”.

Prossegue o mesmo professor com as seguintes considerações com as quais estou irrestritamente de acordo:

“O agir ético individual é a base e a origem da expansão da consciência ética de uma coletividade. Cada contribuição particular, cada ação individualizada, cada minúscula resistência às tentações anti-éticas, cada movimento solteiro de construção da virtude constituem-se, e seu todo, em um grande movimento de contramão às avalanches de exemplos e modelos anti-éticos”.

É preciso, portanto, termos a crença íntima de que a nossa conduta – ainda que possa parecer apenas um veio de ouro num imenso quintal de rocha estéril – poderá, talvez, não propriamente mudar os destinos do nosso mundo, no qual a consciência ética já se acha completamente evaporada, mas resgatar aquele mínimo de dignidade humana que ainda nos resta.

⁴² Cf. *Curso de Ética Jurídica – Ética Geral e Profissional*, 5^o Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

IV. Inclusão Digital como direito fundamental – Conclusão

É importante destacar, mesmo que em breves linhas, a questão da inclusão digital como direito fundamental, tema que tem sido objeto de vários estudos e análises por parte de nossos juristas.

Vitor Hugo Pereira Gonçalves⁴³, em sua tese de mestrado, apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e da qual tive o prazer e a honra de participar da banca examinadora, muito bem analisou a matéria, esclarecendo que:

“A inclusão digital pode ser pensada com algumas qualidades intrínsecas e extrínsecas que lhe conferem o atributo de direito humano fundamental, pois diretamente ligada à dignidade da pessoa humana.

...

Para a Constituição Brasileira de 1988 (art. 1º, inc. III), a dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos humanos. Nada está fora ou desconectado, na perspectiva dos direitos fundamentais, da irradiação de valores vinda do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentro desta perspectiva axiológica, a inclusão digital está inserida no contexto dos direitos fundamentais, pois, sem ela, a vida em sociedade estará sendo restringida em sua capacidade de participação ativa em seus rumos, diminuindo as possibilidades de desenvolver e ter acesso ao conhecimento e a informação⁴⁴.

⁴³ Cf. *Inclusão Digital como Direito Fundamental*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de mestre, sob a orientação da Profa. Dra. Flávia Inês Schilling, em São Paulo, 2011.

⁴⁴ Neste sentido, a ONU apresentou um Relatório Especial para a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, A/HRC/17/27, em 16.05.2011, que no seu item 22, em tradução livre, aponta: “O direito à liberdade

A questão que se coloca não é a de impor a inclusão digital como direito humano fundamental. Ela não é um dado, uma verdade, um algo concreto. São movediços os percursos de construção do conceito de inclusão digital, até mesmo pelo termo utilizado para designar uma série de práticas que envolvem direitos e tecnologias.

A inclusão digital, este universal com diversidade, acrescenta e se insere nos direitos fundamentais dentro das estruturas históricas e culturais para prover estes questionamentos e construir as respostas que se dobram e articulam, positivamente, em inúmeras reações em cadeia de direitos e transformações sociais. E nesta perspectiva que a inclusão digital torna-se relevante para os direitos humanos fundamentais”.

Verifica-se, portanto, que o tema em questão, relativo aos riscos eletrônicos que o advento dessa nova era digital, em especial da internet, trouxe para a esfera dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, comporta uma enormidade de indagações as quais, é certo, não caberiam todas no âmbito do presente artigo. Assim, deu-se ênfase, portanto, à análise do direito à privacidade e da ordenação jurídica existente para protegê-lo. Da mesma forma, analisou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio ético, garantido constitucionalmente, e que alicerça a questão ora analisada.

de opinião e expressão é tanto um direito fundamental por si mesmo quanto um ‘facilitador’ de outros direitos, incluindo os econômicos, sociais e culturais, tais como o direito à educação e o direito de acesso à vida cultural e gozar dos benefícios do progresso científico e suas aplicações, bem como os direitos civis e políticos, tais como os direitos à liberdade de associação e assembleia. Assim, como catalisador para os indivíduos exercerem seus direitos de liberdade de opinião e de expressão, a Internet também facilita a realização de uma ampla gama de outros direitos humanos”.

V. Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Coimbra editora, 1999.

_____ *Contratação em rede informática no Brasil*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 3º Região*, nº 78, julho/agosto de 2006, Thomson – IOB.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6º Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Eduardo. *Curso de Ética Jurídica – Ética Geral e Profissional*, 5º Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino: G. Giappichelli editore, 1960.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6º Ed., Malheiros Editores, 1996.

BOULANGER, Jean. *Principes Généreaux du Droit et Droit Positif*, in *Le Droit Privé Français au Millieu du XXE. Siècle, Études offertes à Georges Ripert*, T. I, Paris, 1950

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7º Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. *Per la determinazione del concetto dei principi generale del Diritto*, in *Studi sui Principi Generali dell'Ordinamento Giuridico*, Pisa, 1941.

_____ *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principi*, in Paulo Bonavides, in *Curso de Direito Constitucional*, 6 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 11º Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____ *Direito Urbano*, *Revista dos Tribunais*, 1983.

- GRECO, Marco Aurélio. *Transações eletrônicas. Aspectos Jurídicos*, in Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, RT, vol. 8, abril/junho de 2000.
- JABUR, Gilberto Haddad. *A dignidade e o rompimento da privacidade*, publicado na obra coletiva *Direito à privacidade*, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins e Antonio Jorge Pereira Junior, Aparecida – São Paulo: Ideias e Letras – Centro de Extensão Universitária, 2005.
- LEONARDI, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet*, 1º Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Informática, Cyberlaw, E-Commerce. Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*, obra coletiva, São Paulo: Edipro, 2000.
- LUCCA, Newton de. *Títulos e Contratos Eletrônicos: o advento da Informática e seu impacto no mundo jurídico*, publicado na obra coletiva “*Direito e Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*”, 1º Ed., São Paulo: Edipro, 2000.
- _____ *Alguns aspectos jurídicos da responsabilidade civil no âmbito da Internet*, publicado em *A responsabilidade civil no século XXI*, obra coletiva coordenada por Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, Editora Saraiva, 2001.
- _____ *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação de Consumo*, 2º Ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____ *Da Ética Geral à Ética Empresarial*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- LUÑO, Pérez – *Cibernética, Informática y Derecho-Un análisis metodológico*, Bolonia: Publicação do Real Colégio de España, 1976.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, 2º Ed., São Paulo, 1991.

- MORÓN, Esther – *Internet y Derecho Penal: ‘hacking’ y otras conductas ilícitas em la red*, in *Revista de Derecho y Processo Penal*, Pamplona: Arazandi Editorial, 1999, n.º1.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 2º ed., São Paulo: José Buchatsky, 1974.
- ROCHA, Manuel Lopes e MACEDO, Mário. *Direito no ciberespaço*, Lisboa: Edições Cosmos, 1996.
- RODOTÀ, Stefano. *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 1º Ed., Editora Laterza, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22º Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- TOSI, Emilio – *Prime osservazioni sull’applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informática*, 1999.
- WIENER, Norbert – *Cibernética e sociedade, o uso de seres humanos*, tradução de José Paulo Paes, São Paulo: Editora Cultrix, s/d.

Jurisdição civil em delitos jus-personalísticos na Internet: o acórdão *eDate Advertising* do Tribunal de Justiça da União Europeia

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA¹

1. A determinação do foro competente face à ubiquidade da Internet

A Internet, enquanto meio de informação e de comunicação global e ubiqüitário, coloca em questionamento a competência do Direito enquanto sistema de regulação social e desafia a capacidade de resposta dos ordenamentos jurídicos², nomeadamente em sede

¹ Graduado, Mestre e Doutor em Direito, Professor da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, Portugal.

² Ver, mais recentemente, Rolf Weber e Romana Weber, *Internet of Things – Legal Perspectives*, Springer, 2010; Lilian Edwards e Charlotte Waelde (ed.), *Law and the Internet*, 3rd ed., 2009. Para superar as dificuldades de jurisdição suscitadas pela Internet, Daniel Freire e Almeida propôs na sua tese de doutoramento a criação de um tribunal internacional para a Internet (Daniel Freire e Almeida, *Um tribunal internacional para a Internet*, Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, Universidade de Coimbra, 2011). A casuística – envolvendo questões de direitos de autor e direitos conexos (casos *The Pirate Bay*, *Google – YouTube*, *Google Books*), violação de segredos de Estado (*Wikileaks*) espionagem cibernética, tráfico de dados pessoais e devassa da vida íntima, apostas em linha (caso *Bwin*) – evidenciaria uma falha do sistema jurídico: a incapacidade de o sistema responder adequadamente, tanto por via legislativa como por via judicial, aos desafios colocados pela nova sociedade digital, em especial pela Internet. Nas suas palavras, ‘as respostas formuladas para os problemas de ontem, não estarão certas para os desafios levantados pela Internet. [...] será fundamental a conjugação, complementar, de fatores globais na regulação dos assuntos atinentes a Internet e ao comércio eletró-

nico internacional', destacando neste processo a importância da 'cooperação associativa das empresas participantes do contexto tecnológico' (p. 287). Esta posição é bem reveladora da matriz da sua proposta de resolução do problema. À primeira vista parece corresponder à denúncia do 'estado patético' tanto da legislatura como da judicatura há muito feita por vários autores, nomeadamente Lawrence Lessig. Todavia, não se limita a constatar o *status quo*, posicionando-se ativamente nas fileiras do movimento globalizante, que propugna a criação de uma nova ordem jurídica para um novo mundo: o mundo virtual. A máxima parece ser respostas globais para problemas globais, com destaque para a assinalada 'cooperação associativa das empresas participantes do contexto tecnológico'. Fica-se sem saber, todavia, se as tais respostas globais deverão privilegiar o interesse dessas empresas, que teriam uma competência discursiva reforçada, nem se identifica se o seu meio ambiente ideal é o da economia de mercado, ainda que imperfeita, ou o do monopólio ou quase monopólio. Tendo em conta a importância do papel que atribui às empresas tecnológicas ao nível da elaboração da nova ordem jurídica ciberespacial, seria desejável uma caracterização mais aturada das empresas em causa.

Na parte II da sua tese, a proposta idealiza um tribunal internacional para a Internet. Sustenta que os aspetos essenciais do tribunal teriam em conta desde logo as iniciativas de governança internacional para a Internet, apresentando um rol das iniciativas em curso, como sejam a Cimeira Mundial sobre a Sociedade da Informação (WSIS) e o Fórum da Governança da Internet (ou Internet Governance Forum – IGF). Destaca com Viviane Reding o problema do ICANN – *Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números*, no sentido de o administrador principal dos nomes de domínio da Internet cumprir os padrões de governança corporativa, em especial a transparência financeira e a responsabilidade interna, e sujeição a efetivo controlo judicial. Além disso, trata do recurso aos meios alternativos, em especial a arbitragem. Defende que a União Internacional das Telecomunicações (ITU) 'poderia funcionar como Ponto de Partida do Tribunal Internacional para a Internet' (p. 354). E propõe uma conferência internacional para criar um Tribunal para a Internet, a promover pela ONU através do seu grupo de trabalho *Internet Governance Forum* (IGF) ou, em alternativa, pela ITU.

O imaginado tribunal teria por base uma organização internacional, dotada de personalidade jurídica de direito internacional. Poderia ser sedeada na Haia, à semelhança do Tribunal Penal Internacional ou do Tribunal Internacional de Justiça, ou em Nova Iorque, sede da Assembleia Geral da ONU. No articulado sugerido, a proposta apresenta ainda regras sobre a organização e a estrutura interna, atribuindo em especial competência à Assembleia Geral para codifica-

ção do direito da internet, e prevendo servidores neutros para a Secretaria geral. Sugere ainda uma Câmara de Julgadores (com câmaras de instrução, câmaras especializadas e câmaras de recurso), uma Câmara dos procuradores, uma Ordem dos Advogados Internacionais, e o regime dos diplomatas do tribunal. Em matéria de regulamento processual, privilegia a digitalização e a celeridade, com audiências em linha e utilização das inovações tecnológicas disponíveis. A língua de trabalho do tribunal seria o inglês e, como línguas oficiais, as 10 mais usadas na internet, incluindo o português. Tudo isto condensado numa sugestão de articulado, incluindo preâmbulo, que parece combinar elementos dos estatutos do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal Internacional de Justiça.

Mas, será verdadeiramente necessário um tribunal internacional para a Internet? Por exemplo, o Tribunal Penal Internacional (TPI) já tem competência para os crimes mais graves cometidos por indivíduos, incluindo genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e os crimes de agressão. Nos termos do artigo 25.º do Estatuto do TPI (Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002), as pessoas singulares podem ser julgadas por este tribunal, abrangendo a instigação à prática desses crimes, quer na forma consumada quer na forma tentada. Assim, por ex., o TPI será competente para julgar uma pessoa que utilize um sítio da internet para instigar à prática do crime, por exemplo, de genocídio. Além disso, são imagináveis práticas na internet que se assemelhem a crimes da competência do tribunal, pense-se em comunidades virtuais regidas pelo princípio do apartheid. Seria melhor clarificar a competência do tribunal penal internacional, no sentido de abranger os crimes relacionados com a internet, antes de se avançar para a criação de um novo tribunal com competência indeterminada.

Por outro lado, relativamente aos litígios envolvendo os Estados, o artigo 36.º/1 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça determina que ‘A competência do Tribunal abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.’ A aceitação da competência deste tribunal, que não resulta do facto de o membro da ONU ser também parte do Estatuto do TIJ, concretiza-se designadamente através da chamada “cláusula facultativa de jurisdição obrigatória” (art. 36.º/2), isto é, uma declaração efetuada livremente pelos Estados que determina a aceitação de uma competência para resolver controvérsias jurídicas passadas e futuras que é obrigatória e sem necessidade de acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação. Por exemplo, Portugal emitiu a declaração de aceitação da competência do Tribunal ao abrigo do artigo 36.º/2 do Estatuto logo após a

sua adesão à Organização das Nações Unidas (14 e 19 de Dezembro de 1955 respetivamente).

O tribunal internacional para a Internet proposto teria competência universal, abrangendo indivíduos, empresas, estados, e organizações internacionais. Todavia, claudica não apenas na tematização das normas de competência dos tribunais internacionais existentes, designadamente o TPI e o TIJ, mas também na problematização das suas possibilidades de alargamento. Propõe um tribunal com jurisdição universal e com a finalidade de julgar os litígios internacionais relacionados à Internet e ao Comércio Electrónico internacional (art. 1.º/1 do Tratado Instituidor). Todavia, ao mesmo tempo, defende e propõe que ‘A jurisdição do Tribunal Internacional para a Internet deve ser, então, de alcance complementar às jurisdições nacionais’ e ‘complementar aos procedimentos arbitrais e extrajudiciais devidamente escolhidos pelas partes’ (pp. 361, 363). Ou seja, parece que o proposto Tribunal Internacional teria competência para assuntos relacionados com a Internet e com o Comércio Eletrónico, ainda que tais assuntos pudessem ser abrangidos por outros tribunais internacionais. Todavia, ao mesmo tempo, teria jurisdição complementar relativamente aos tribunais nacionais. Seria por isso uma espécie de tribunal residual para litígios em ‘matéria de Internet e Comércio Eletrónico internacional’.

E eis que, afinal, a grande solução para a falha do Direito na Internet só se abriria quando se fechassem as portas dos tribunais nacionais e internacionais existentes e os ‘procedimentos arbitrais e extrajudiciais devidamente escolhidos pelas partes’. Ora, as boas regras da investigação jurídica aconselhariam o estudo das fontes relevantes de competência internacional dos tribunais e de arbitragem, ao menos estando em causa ‘matéria de Internet e Comércio eletrónico internacional’. Ao conceber um tribunal com jurisdição universal, a proposta abre a investigação a todos os domínios do direito, desde o direito criminal ao direito civil, passando pelo direito administrativo e fiscal. Melhor fora justificar cabalmente a necessidade de um tribunal dessa índole num domínio específico do que imaginar um tribunal internacional com jurisdição universal em qualquer matéria da Internet e do comércio eletrónico. De resto, a proposta não diferencia os litígios em razão da matéria, quer em termos de competência judicial quer em matéria de lei aplicável. Por exemplo, quanto ao direito aplicável, o artigo 8.º dos sugeridos Estatutos parece misturar assuntos de direito privado com litígios de direito público. O tribunal aplicaria o tratado internacional instituidor do tribunal internacional para a internet (1), os tratados internacionais relacionados à Internet, ao Comércio Eletrónico e à Sociedade da Informação, quando aplicáveis (2) e pasme-se – embora a lista de instrumentos ainda esteja na primeira metade – os tratados internacionais,

de tutela de direitos de personalidade. No domínio civil, coloca-se desde logo a questão de saber qual é o tribunal competente para julgar ações de responsabilidade por conteúdos danosos colocados em linha³.

regulamentos, diretivas, leis europeias e leis quadro da União Europeia relacionadas à Sociedade da Informação, à Internet e ao Comércio Eletrónico, quando aplicáveis (3). Na ausência destas fontes seria aplicável o direito escolhido pelas partes resultantes da aplicação de um contrato internacional, ou de termos de serviço de websites na Internet (4) e ainda os Costumes Internacionais e a Doutrina dos Publicistas (5) e finalmente, na ausência ou inaplicabilidade de tudo o resto, o direito interno das jurisdições envolvidas, com primazia pelo direito Nacional da vítima do processo em questão, na medida em que seja compatível com as finalidades do Tribunal e com as fontes do direito internacional (6).

Por outro lado, a proposta não esclarece o que entende por litígios internacionais 'relacionados à internet e ao comércio electrónico' – noção que se afigura de definição rigorosa tanto mais que propõe que 'Os assuntos objeto de julgamento no Tribunal não prescrevem' (art. 7.º/12). Um tal tribunal seria como uma perpétua espada de Dâmocles relativamente a todo e qualquer assunto relacionado com a Internet e com o Comércio Eletrónico.

Em suma, a proposta apresentada é, no essencial, um exercício exploratório de política de justiça. O imaginado Tribunal Internacional para a Internet seria a resposta institucional para uma falha global de regulação, máxime ao nível da interoperabilidade dos sistemas jurídicos nacionais. Receamos todavia que não se tenha demonstrado cabalmente a insuficiência dos meios existentes, para além de se desconsiderar as implicações do *princípio da territorialidade* em matérias tão sensíveis como por exemplo a propriedade intelectual. É proposta a jurisdição universal quanto à competência em razão de uma matéria no mínimo indeterminada. O que, para além de gerar conflitos de competência com tribunais já existentes, parece desconsiderar que existem outros meios de resolução de conflitos. Por exemplo, no domínio do registo abusivo de marcas e outros sinais distintivos (*cybersquatting*) teria sido importante justificar a insuficiência dos meios alternativos de resolução de conflitos encontrados pela ICANN e pela OMPI. De igual modo, fica-se sem saber qual seria o papel do novo tribunal em sede de litígios envolvendo ofensas a direitos de personalidade cometidas através da colocação em linha de conteúdos danosos.

³ Para uma primeira abordagem, Alexandre Dias Pereira, 'A jurisdição na Internet segundo o Regulamento 44/2001 (e as alternativas extrajudiciais e tecnológicas)', Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. LXXVII, 2001, p. 633-687. Sobre a problemática jusinternacionalística suscitada pela Internet,

Na União Europeia foi adotado o Regulamento 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que substituiu nas relações entre os Estados-Membros, a Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968. Em derrogação à regra geral da competência dos tribunais do domicílio do réu, estabelece, para ações de responsabilidade, a competência dos tribunais do ‘lugar onde ocorreu o facto danoso’ (artigo 5.º/3) abrangendo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não apenas o lugar do evento causal mas também o(s) da materialização do dano.

Ora, face à ubiquidade dos conteúdos colocados em linha, seriam virtualmente competentes não apenas os tribunais do lugar de origem dos conteúdos mas também os tribunais de todos os lugares nos quais tais conteúdos fossem acessíveis e, nessa medida, suscetíveis de causarem danos.

O lugar de origem dos conteúdos danosos corresponderá, normalmente, ao lugar do domicílio ou estabelecimento do réu. Se fosse exclusiva, a competência dos tribunais do lugar de origem dos conteúdos potenciaria a migração, mormente de empresas do comércio eletrónico, para ambientes jurídicos mais favoráveis, por estabelecerem baixos níveis de proteção dos direitos de personalidade. Além disso, a competência desses tribunais poderia revelar-se extremamente onerosa para as vítimas, deixando-as indefesas perante ofensas aos seus direitos de personalidade cometidas através da Internet.

Por seu turno, a competência dos tribunais do lugar onde ocorreu o facto danoso permite às vítimas intentarem ações de responsabilidade virtualmente em tribunais de todos os países em que os conteúdos sejam acessíveis, com o inconveniente todavia da multiplicação de ações e da possível não reparação integral dos danos.

Dário Moura Vicente, *Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, Almedina, 2005.

Suponhamos um futebolista brasileiro, residente em Lisboa, jogador do Sport Lisboa e Benfica, que se considera lesado nos seus direitos à imagem e à reserva da intimidade da vida privada por conteúdos (escritos e imagens) colocados em linha por uma empresa de apostas em linha, sediada em Gibraltar, e acessíveis virtualmente nos quatro cantos do planeta. À luz dos referidos critérios, qual ou quais seriam os tribunais competentes para intentar uma ação de responsabilidade contra a referida empresa? A natureza dos direitos de personalidade e o carácter ubiqüitário da Internet justificarão a competência dos tribunais do domicílio do futebolista para julgar a totalidade dos danos causados à escala global? Em que sentido apontam os princípios fundamentais que norteiam a problemática da competência judiciária internacional e da lei aplicável?⁴

2. O acórdão *eDate Advertising* do Tribunal de Justiça da União Europeia

A questão enunciada foi objeto de resposta por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia. No dia 25 de outubro de 2011 o Tribunal de Justiça proferiu o aguardado acórdão nos processos apensos C-509/09 e C-161/10 (*eDate Advertising c. X e Olivier e Robert Martinez c. MGN*), tendo por objeto dois pedidos de decisão prejudicial apresentados respetivamente pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) e pelo tribunal de grande instance de Paris.

Ao Tribunal de Justiça foi pedida a interpretação do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001 sobre competência judiciária (Bruxelas I) e do artigo 3.º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico. O *Bundesgerichtshof* perguntou se, em caso de ameaça de ofensa dos direitos da personalidade através de conteúdos de um sítio

⁴ Sobre estes princípios, na ótica do conflito de leis, António Ferrer Correia, *Direito Internacional Privado – Alguns Problemas*, Coimbra, 1997, Dário Moura Vicente, ‘Sources and General Principles of Portuguese International Private Law: An Outline’, *Yearbook of Private International Law IX* (2007), p. 257

Internet, a expressão ‘lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso’ constante do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001 deve ser interpretada no sentido de que:

a) o interessado também pode intentar uma ação de cessação de conduta contra o operador do sítio Internet nos tribunais de qualquer Estado-Membro em que seja possível aceder ao sítio Internet, independentemente do Estado-Membro em que aquele operador esteja estabelecido (*critério da acessibilidade do sítio*)⁵,

b) ou a competência dos tribunais de um Estado-Membro em que o operador do sítio Internet não esteja estabelecido pressupõe que, para além da possibilidade técnica de acesso ao sítio, exista um nexo especial dos conteúdos impugnados ou do sítio Internet com o Estado do foro (*critério do nexo de carácter territorial*)⁶. E, sendo exigido esse nexo de carácter territorial, quais os critérios de determinação desse nexo, designadamente:

(b1) se o operador do sítio o dirige igualmente aos utilizadores da Internet no Estado do foro ou, em alternativa,

(b2) se é suficiente que as informações no sítio Internet apresentem objetivamente um nexo com o Estado do foro, tais como a ocorrência real ou potencial no Estado do foro de um ‘conflito de interesses divergentes’, quais sejam o interesse do demandante em ver respeitados os seus direitos de personalida-

⁵ Em sede de lei aplicável aos contratos celebrados entre profissionais e consumidores, estabelece o considerando 24 do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), citando uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre o artigo 15.º do Regulamento 44/2001 que, ‘o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, é preciso também que esse sítio internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efetivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio. A este respeito, a língua ou a moeda utilizadas por um sítio internet não constituem elementos relevantes’.

⁶ Ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 novembro de 1998, processo C-391/95, *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another*, Col. 1998, I-07091.

de e o interesse do operador na organização do seu sítio Internet e na informação.

Além disso, o *Bundesgerichtshof* questionou a relevância do número de acessos ao sítio Internet a partir do Estado do foro para a determinação da existência de umnexo especial de caráter territorial, de modo a que, em caso de não relevância, se poder interpretar o artigo 3.º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrónico enquanto regras de conflito de leis, no sentido de imporem também no domínio civil a aplicação exclusiva da lei do país de origem com exclusão das suas normas de conflitos nacionais (a) ou em alternativa de permitirem a aplicação destas normas com a consequência de continuar a ser possível o reenvio do direito do país de origem para o direito do país de destino (b).

Por seu turno, o *tribunal de grande instance* de Paris perguntou se os artigos 2.º e 5.º/3 do Regulamento 44/2001 atribuem competência ao tribunal de um Estado-Membro para julgar uma ação que se baseia na violação dos direitos de personalidade suscetível de ter sido cometida por uma disponibilização de informações e/ou de fotografias num sítio Internet editado noutro Estado-Membro por uma sociedade domiciliada neste segundo Estado – ou ainda noutro Estado-Membro, em qualquer caso distinto do primeiro:

a) apenas se este sítio Internet puder ser consultado a partir deste primeiro Estado,

b) ou apenas quando existe entre o facto lesivo e o território deste primeiro Estado uma ligação suficiente, substancial ou significativa; e, neste segundo caso, quais os critérios para estabelecer a ligação, nomeadamente:

b1) o grande número de ligações à página Internet controvertida a partir deste primeiro Estado-Membro, em valor absoluto ou relativamente a todas as ligações à referida página;

b2) a residência ou a nacionalidade da pessoa que se queixa de uma violação dos seus direitos de personalidade ou mais genericamente das pessoas em causa;

b3) a língua na qual é difundida a informação controvertida ou qualquer outro elemento suscetível de demonstrar a vontade do editor do sítio de se dirigir especificamente ao público deste primeiro Estado;

b4) o local onde se verificaram os factos relatados e/ou onde foram tiradas as fotografias eventualmente disponibilizadas através da Internet.

2.1. Do lugar onde poderá ocorrer o facto danoso

Sobre a interpretação da expressão ‘*lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*’ constante do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001, o Tribunal de Justiça recordou o acórdão Henkel (C-167/2000, ac. 1/10/2002, Col. I-8111) no sentido de que a referida norma não pressupõe a existência atual de um dano, abrangendo por conseguinte qualquer ação que tenha por objeto evitar a repetição de um comportamento considerado ilícito.

Por outro lado, em caso de alegada violação dos direitos de personalidade por meio de conteúdos colocados em linha num sítio da Internet, o Tribunal reiterou a jurisprudência estabelecida por referência à Convenção de Bruxelas, nos termos da qual, a regra de competência especial prevista no artigo 5.º/3, em derrogação ao princípio da competência dos tribunais do domicílio do demandado,

a) Baseia-se na existência de um *nexo territorial particularmente estreito* entre o litígio e os tribunais do lugar onde ocorreu o facto danoso, suscetível de justificar uma atribuição de competência a estes últimos, por razões de boa administração da justiça e de organização útil do processo (acórdão Zuid-Chemie, C-189/08, 16/7/2009, Col. I-6917);

b) Refere-se ao lugar do *evento causal* e ao da *materialização do dano*, podendo ambos constituir um *nexo significativo* do ponto de vista da competência judiciária, e sendo cada um deles suscetível, segundo as circunstâncias, de fornecer uma indicação particular-

mente útil em sede de prova e de organização do processo (acórdão *Shevill*, C-68/93, 7/3/1995, Col. I-415).

Ora, quanto à aplicação destes dois critérios de conexão a ações que visam reparar um dano imaterial pretensamente causado por uma publicação difamatória, tratando-se de difamação através de um artigo de imprensa divulgado em vários Estados contratantes da Convenção de Bruxelas, o Tribunal de Justiça recordou o acórdão *Shevill*, segundo o qual a vítima pode intentar uma ação de indemnização contra o editor:

a) Nos tribunais do Estado contratante do lugar de estabelecimento do editor da publicação difamatória, competentes para reparar a integralidade dos danos resultantes da difamação, ou

b) Nos tribunais de cada Estado contratante onde a publicação foi divulgada e onde a vítima alega que a sua reputação foi prejudicada, os quais serão competentes para conhecer apenas os danos causados no Estado do tribunal onde a ação foi proposta.

Na opinião do Tribunal de Justiça, estes critérios seriam igualmente válidos para outros meios e suportes de comunicação, podendo cobrir um variado leque de violações dos direitos de personalidade consoante os diferentes ordenamentos jurídicos. Não obstante, o Tribunal destaca a especificidade da Internet, no sentido de que a colocação em linha de conteúdos num sítio da Internet se distingue da difusão, limitada a um território, de um meio de comunicação impresso, na medida em que a colocação em linha visa, em princípio, a ubiquidade dos referidos conteúdos, que podem ser consultados universal e instantaneamente por um número indefinido de internautas, independentemente de qualquer intenção da pessoa que os emitiu quanto à sua consulta para além do seu Estado-Membro de estabelecimento e fora do seu controlo.

Neste sentido, o Tribunal considera que a Internet reduz a utilidade do critério relativo à difusão, uma vez que o âmbito da difusão dos conteúdos colocados em linha é, em princípio, universal, e por nem sempre ser possível, no plano técnico, uma quantificação certa

e fiável relativamente a um Estado-Membro em particular, inviabilizando por isso uma avaliação do dano causado exclusivamente nesse Estado-Membro.

Por esta razão, o Tribunal conclui que as dificuldades de aplicação do *critério da materialização do dano* contrastam com a gravidade da lesão que possa vir a sofrer o titular de um direito de personalidade que constata que um conteúdo ilícito está disponível em qualquer ponto do globo.

Nesta ordem de ideias, o Tribunal considera ser necessário adaptar os referidos critérios de conexão, no sentido de que a vítima de um delito de direitos de personalidade cometido através da Internet possa intentar, em função do *lugar da materialização do dano* causado na União Europeia pela referida violação, uma ação num foro a respeito da *integralidade desse dano*. Para o Tribunal, o tribunal do lugar onde a vítima tem o *centro dos seus interesses* pode apreciar melhor o impacto de um conteúdo colocado em linha sobre os direitos de personalidade, pelo que lhe deverá ser atribuída competência segundo o princípio da *boa administração da justiça*. O centro de interesses corresponderá, em princípio, ao lugar da residência habitual da vítima, admitindo-se todavia que a determinação do centro de interesses possa resultar de outros indícios, como o exercício de uma atividade profissional, em termos de estabelecimento de um nexo particularmente estreito com esse Estado.

À questão de saber se a competência do tribunal do lugar onde a vítima tem o centro dos seus interesses respeita o princípio da previsibilidade das regras de competência⁷, responde o Tribunal afirmativamente, argumentando que o autor da difusão do conteúdo danoso se encontra, aquando da colocação em linha desse conteúdo, em condições de conhecer os centros de interesses das pessoas afetadas por este.

⁷ Acórdão de 17 de junho de 1992, C-26/91, *Jakob Handte & Co. GmbH v Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*, Col. I-3967, e acórdão de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung e Rabitsch*, C-533/07, Col. I-3327

Em conclusão, o TJ considera que o artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de alegada violação dos direitos de personalidade através de conteúdos colocados em linha num sítio da Internet, a pessoa que se considerar lesada pode intentar uma ação de responsabilidade civil pela totalidade dos danos causados quer nos tribunais do Estado-Membro do lugar de estabelecimento da pessoa que emitiu esses conteúdos (b) quer nos tribunais do Estado-Membro onde se encontra o seu centro de interesses da vítima (b) quer ainda nos tribunais de cada Estado-Membro em cujo território esteja ou tenha estado acessível um conteúdo em linha mas apenas relativamente ao dano aí causado (c).

2.2. O papel do Tribunal de Justiça na adaptação dos critérios tradicionais à Internet

O acórdão do Tribunal de Justiça oferece um critério de competência dos tribunais em matéria de ações de responsabilidade civil por delitos contra direitos de personalidade cometidos através da Internet para efeitos do artigo 5.º/3 do Regulamento 44/2001. À competência dos tribunais do 'lugar do facto danoso', prevista no Regulamento, e restrita aos danos causados em cada um desses lugares, o Tribunal veio adicionar a competência dos tribunais do lugar onde a vítima tenha o seu centro de interesses para julgar a totalidade dos danos, à semelhança do que tinha afirmado para a imprensa embora atribuindo aqui competência ao lugar de estabelecimento da editora.

Poderá considerar-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça, pese embora encontre ecos em trabalhos da Comissão⁸, não tem correspondência com a letra da referida norma do Regulamento. Tratar-se-á de um acórdão em que, à luz do princípio da boa administração da justiça, o Tribunal deteta uma falha de regulação em

⁸ Comissão Europeia, *Livro Verde sobre a revisão do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, Bruxelas, COM (2009) 175 final, 21/4/2009.

matéria de competência judiciária, por insuficiência do critério legal e da jurisprudência anteriormente desenvolvida para a imprensa, para responder às exigências da Internet. Com fundamento nesse mesmo princípio da boa administração da justiça e ressaltando não ser postergado o princípio da previsibilidade dos julgados, o Tribunal estabelece um critério de competência judiciária para as ações de responsabilidade civil por delitos contra direitos de personalidade cometidos pela Internet.

2.3. Da natureza de norma de conflitos do princípio do país de origem (artigo 3.º/1-2 da Diretiva 2000/31 sobre comércio eletrônico)

Outra questão a que o Tribunal de Justiça foi chamado a responder – e que tange a comunitarização do direito internacional privado⁹ – é saber se o artigo 3.º/1, que estabelece a sujeição da atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação ao regime jurídico do país do seu lugar de estabelecimento (princípio do país de origem), consubstancia uma norma de conflitos.

Tendo em conta os motivos que justificam a adoção da Diretiva sobre comércio eletrônico, constantes dos seus considerandos preambulares, o Tribunal de Justiça considera que a Diretiva não visa uma harmonização das regras materiais, mas estabelece um ‘domínio coordenado’ para o regime jurídico dos serviços da sociedade da in-

⁹ Cf. Rui Manuel de Moura Ramos, ‘Direito Internacional Privado e Direito Comunitário – Termos de uma Interação’, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Professores Doutor A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, coord. A. Pinto Monteiro, Coimbra Editora, 2007. Sobre o problema da base legal da UE para intervir neste domínio considera Andrew Dickinson que ‘in its recent jurisprudence concerning private international law measures, the ECJ [in *Owusu v Jackson*] has displayed an overt hostility to arguments that might impact on the scope of the Community’s power to legislate in this area’ – *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, p. 115.

formação, que será, em princípio, determinado pelo Estado-Membro do estabelecimento do prestador de serviços¹⁰.

No entender do Tribunal, o direito civil do Estado-Membro é abrangido pelo 'domínio coordenado' e, conseqüentemente, pelo princípio do país de origem. Todavia, tendo em conta que o artigo 1.º/4 dispõe que a Diretiva não estabelece normas adicionais de direito internacional privado em matéria de conflitos de leis, o Tribunal considera que o artigo 3.º/1 (princípio do país de origem) não apresenta as características de uma regra de conflito de leis. Tanto mais que o artigo 3.º/2 proíbe os Estados-Membros de restringirem, por razões que pertencem ao domínio coordenado, a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro. Pelo que o TJ conclui que os Estados-Membros de acolhimento são, em princípio, livres de designar, em virtude do seu direito internacional privado, as regras materiais aplicáveis, desde que daí não resulte uma restrição da livre prestação dos serviços do comércio eletrónico.

Nesse sentido, o tribunal conclui que o artigo 3.º, sem prejuízo das derrogações autorizadas nos termos dos seus n.ºs 3 e 4, se opõe a que o prestador de um serviço de comércio eletrónico seja sujeito a exigências mais estritas do que as previstas pelo direito material em vigor no seu Estado-Membro de estabelecimento.

3. Possível falha de proteção dos direitos de personalidade em sede de lei aplicável

Retomando o caso do futebolista brasileiro, estando a empresa de apostas sediada em Gibraltar, parece, em princípio, que não estaria sujeita as exigências mais estritas do que as previstas pelo

¹⁰ Sobre o princípio do país de origem e a noção de 'domínio coordenado' no regime jurídico da atividade dos prestadores de serviços da sociedade da informação, Alexandre Libório Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, 1999.

direito material em vigor nesse território. Embora os tribunais de Lisboa tivessem competência para julgar a totalidade dos danos causados pelos conteúdos colocados em linha lesivos dos direitos de personalidade do futebolista brasileiro, pelo critério do seu centro de interesses, os seus direitos de personalidade não seriam determinados segundo a sua lei nacional ainda que na medida em que a respetiva tutela fosse reconhecida na lei portuguesa como prevê o Código Civil no artigo 31.º.

A ser assim, o critério do centro de interesses do lesado, estabelecido pelo Tribunal de Justiça para colmatar uma falha de proteção jurídica, poderá ser desprovido de efeito útil, na medida em que a lei aplicável não tutele os direitos de personalidade do lesado. Em suma, no acórdão *eDate Advertising* o Tribunal teria dado com a mão da competência judiciária o que logo a seguir teria retirado com a mão da lei aplicável.

O Regulamento Roma II sobre lei aplicável às obrigações não contratuais¹¹ determina, como regra geral (artigo 4.º/1), a aplicação

¹¹ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»). Sobre este Regulamento, Luís de Lima Pinheiro, 'O Direito de conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – uma primeira apreciação do Regulamento Comunitário Roma II', *O Direito* 139/V (2007), p. 1027; Palao Moreno, G. 'Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet', *Cuestiones Actuales de Derecho y Tecnologías de la Información e la Comunicación (TICs)*, coord. J. Plaza Penadés, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 275; Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*, Granada, Comares, 2008 (notando relativamente às infrações planetárias pela Internet, no domínio dos direitos intelectuais, que 'com arreglo al art. 8 Regto. Toma II, sólo se produce infracción de estos derechos en los países en los que tales derechos inmateriales existen, y no en todo el mundo' – p. 216); Wagner, G. 'Die neue Rom II-Verordnung', *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2008), p. 1; Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008 (notando que no processo de europeização do direito privado,

da lei do país onde o dano ocorre (*lex loci damni*), referindo-se tanto ao evento causal como ao dano (artigo 2.º/3; ver considerando 17). Com base neste Regulamento poderia o Tribunal de Lisboa aplicar a lei portuguesa uma vez que o dano ocorreria igualmente em território português. Todavia, as ofensas aos direitos de personalidade, incluindo difamações, não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento Roma II (artigo 1.º/2), pelo que o Tribunal de Lisboa não poderia justificar a aplicação da lei portuguesa com base neste Regulamento.

Pelo contrário, tendo em conta o sentido atribuído pelo Tribunal de Justiça ao artigo 3.º da Diretiva sobre comércio eletrónico, o Tribunal de Lisboa teria que, em princípio, aplicar a lei do lugar de estabelecimento da empresa de apostas em linha.

Não obstante, sob pena de os direitos de personalidade ficarem sujeitos ao ‘forum shopping’, parece-nos que deverá ser tida em conta a norma do artigo 45.º/2 do Código Civil, no sentido de que, caso a empresa de apostas em linha não fosse considerada responsável pela lei do seu lugar estabelecimento, dever-se-ia aplicar a lei do lugar onde se produziu o efeito lesivo se esta considerar a empresa responsável e na medida em que esta devesse prever a produção de um dano em Portugal como consequência da colocação dos conteúdos em linha.

Assim, o Tribunal de Lisboa poderia aplicar a lei portuguesa por analogia com o critério do ‘centro de interesses’ – ou até a lei brasileira, mas na medida em que a respetiva tutela seja reconhecida na lei portuguesa como prevê o Código Civil no artigo 31.º.

Tanto mais que, no direito português, o reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade constitui um princípio fundamental do direito civil¹². O Código Civil estabelece uma tutela geral da

‘As such, the Regulation may be no more than a pit stop on what is already a very long journey’ – p. 61).

¹² Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005. Sobre os direitos de perso-

personalidade dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa ilícita à sua personalidade física ou moral, conferindo à pessoa ameaçada ou ofendida o poder de requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso a fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida (artigo 70.º/1-2). Além disso, o Código Civil prevê direitos de personalidade especiais como o direito ao nome (artigo 72.º), o direito à confidencialidade da correspondência (artigo 75.º e seg.), o direito à imagem (artigo 79.º), o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (artigo 80.º), e o direito ao crédito ou bom nome (artigo 484.º).

Nos termos do Código Civil, a limitação voluntária dos direitos de personalidade é considerada ilícita e ferida de nulidade se contrariar os princípios da ordem pública (artigo 81.º/1). Sendo lícita, a limitação voluntária poderá ser revogada a todo o tempo, embora sujeita a indemnização dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte (artigo 81.º/2). Além disso, a lesão é ilícita, ainda que consentida, se contrariar proibição legal ou os bons costumes (artigo 340.º/1-2), embora se considere consentida a lesão que ocorra no interesse do lesado e corresponda à sua vontade presumível (artigo 340.º/3).

Para além dos direitos de personalidade especiais previstos no Código Civil deve ainda considerar-se o catálogo de direitos funda-

nalidade, Orlando de Carvalho, *Os direitos do homem no direito civil português*, Coimbra, 1973, Diogo Leite de Campos, 'Lições de direitos de personalidade', *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXVII, 1991, pp. 129-223, Pedro Pais de Vasconcelos, *O Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, Rabindranath Capelo de Sousa, *O direito geral de personalidade*, Coimbra 1995, Paulo Mota Pinto, 'O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada', *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXIX, 1993, e 'O direito ao livre desenvolvimento da personalidade', in *Portugal-Brasil, Ano 2000*, Coimbra, 2000. Para o direito comparado ver, por todos, Adriano de Cupis, *Os direitos de personalidade* (trad. de Vera Jardim e M. Caeiro), Lisboa, 1961; Heinrich Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª ed., Köln/Graz, 1967; William Prosser, 'Privacy', *California Law Review*, 1960, p. 389.

mentais da Constituição da República Portuguesa (e em instrumentos internacionais relevantes) e bens jurídicos da personalidade protegidos pela lei penal. Especial relevo nas redes de informação assume, enquanto instrumentos de tutela de personalidade, a proteção dos dados pessoais e da privacidade nas comunicações eletrónicas (ver em especial Leis 67/98, 41/2004 e 32/2008) e os direitos morais de criadores literários ou artísticos nos termos do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos¹³.

Finalmente, mesmo que se entenda que a lei portuguesa estabelece exigências mais restritivas do que a lei do lugar de estabelecimento da empresa de apostas em linha, ainda assim deverá ser admitida a sua aplicação em casos de conexão com a lei aplicável às obrigações contratuais nos termos do Regulamento Roma I, à semelhança do que sucede em matéria de competência judiciária com a possibilidade de o tribunal designado pelas partes ter competência para decidir igualmente questões de responsabilidade extracontratual relacionadas com o contrato¹⁴.

4. Conclusão

Em alternativa à competência dos tribunais de cada lugar onde a vítima de ofensas a direitos de personalidade para reparação dos danos aí sofridos e à competência dos tribunais do lugar de estabelecimento do editor de conteúdos lesivos relativamente à totalidade dos danos (acórdão Shevill), o Tribunal de Justiça estabelece no acórdão *eDate Advertising* um novo critério de competência

¹³ Orlando de Carvalho, 'Os direitos de personalidade de autor', in *Num Novo Mundo do Direito de Autor?*, tomo II, Lisboa, 1994, p. 539.

¹⁴ Ver acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de outubro de 2002 e de 8 de outubro de 2009, www.dgsi.pt. Solução semelhante foi sugerida, no âmbito da revisão do Regulamento Bruxelas I, pelo European Max-Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property, 'Exclusive Jurisdiction and Cross Border IP (Patent) Infringement. Suggestions for Amendment of the Brussels I Regulation (20.12.2006)', *EIPR* (2007) p. 193 [CLIP 2:201(c)].

judiciária em ações de responsabilidade por ofensas a direitos de personalidade cometidas pela colocação em linha de conteúdos danosos que permite ao pretense lesado pedir reparação pela totalidade dos danos sofridos no tribunal do lugar do centro dos seus interesses. Este critério atende à especificidade da Internet, em especial às dificuldades de determinação do *quantum respondeatur* tendo em conta a acessibilidade universal dos conteúdos colocados em sítio da Internet.

Esta solução mais favorável à posição do pretense lesado, no sentido de lhe permitir recorrer aos tribunais do lugar onde tem o centro dos seus interesses, enquanto principal lugar de ocorrência do facto danoso, deixa em aberto todavia a questão da lei aplicável. Ao responder à questão do sentido e alcance do princípio do país de origem para determinação do regime jurídico, abrangido pelo domínio coordenado, da atividade dos prestadores de serviços do comércio eletrónico como abrangendo o direito civil do Estado-Membro de estabelecimento dos prestadores e de a estes não poder ser exigido em princípio o respeito pelas exigências do ordenamento jurídico de cada lugar de destino dos serviços, o Tribunal de Justiça parece deixar em aberto a possibilidade de o tribunal do lugar do centro de interesses do pretense lesado não poder aplicar a lei deste foro na medida em que daí resulte uma restrição à livre circulação dos serviços da sociedade da informação.

Para evitar esta solução algo paradoxal e potenciadora de ‘fórum-shopping’, os tribunais portugueses deverão ter em conta o critério do Código Civil que estabelece a aplicação da lei portuguesa quando o autor da ofensa não seja considerado responsável pela lei do seu lugar estabelecimento, mas a conduta for ilícita face ao direito português e o efeito lesivo da ofensa se produzir em Portugal e na medida em que o agente devesse prever a produção aí de um dano como consequência da colocação dos conteúdos em linha.

Projetos de lei brasileiros para a regulação da *Internet*



MARCO CIVIL

PROJETO DE LEI

Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos:

- I – o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II – os direitos humanos e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III – a pluralidade e a diversidade;
- IV – a abertura e a colaboração; e
- V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição;
- II – proteção da privacidade;
- III – proteção aos dados pessoais, na forma da lei;
- IV – preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação;

V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e

VII – preservação da natureza participativa da rede.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 4º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes objetivos:

I – promover o direito de acesso à Internet a todos os cidadãos;

II – promover o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III – promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV – promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – Internet – o sistema constituído de conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II – terminal – computador ou qualquer dispositivo que se conecte à Internet;

III – administrador de sistema autônomo – pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço **Internet Protocol** – IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento,

devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

IV – endereço IP – código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

V – conexão à Internet – habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI – registro de conexão – conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII – aplicações de Internet – conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet; e

VIII – registros de acesso a aplicações de Internet – conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet a partir de um determinado endereço IP.

Art. 6º Na interpretação desta Lei, serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

CAPÍTULO II DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

Art. 7º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – à inviolabilidade e ao sigilo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que

a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

II – à não suspensão da conexão à Internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

III – à manutenção da qualidade contratada da conexão à Internet, observado o disposto no art. 9º;

IV – a informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com previsão expressa sobre o regime de proteção aos seus dados pessoais, aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar a qualidade dos serviços oferecidos; e

V – ao não fornecimento a terceiros de seus registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento ou nas hipóteses previstas em lei.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet.

CAPÍTULO III

DA PROVISÃO DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET

Seção I

Do Tráfego de Dados

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicativo, sendo vedada qualquer discriminação ou degradação do tráfego que não decorra de requisitos técnicos necessários à prestação adequada dos serviços, conforme regulamentação.

Parágrafo único. Na provisão de conexão à Internet, onerosa ou gratuita, é vedado monitorar, filtrar, analisar ou fiscalizar o conteúdo dos pacotes de dados, ressalvadas as hipóteses admitidas em lei.

Seção II

Da Guarda de Registros

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet de que trata esta Lei devem atender à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar as informações que permitam a identificação do usuário mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 2º As medidas e procedimentos de segurança e sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de conexão de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento.

§ 3º A violação do dever de sigilo previsto no **caput** sujeita o infrator às sanções cíveis, criminais e administrativas previstas em lei.

Subseção I

Da Guarda de Registros de Conexão

Art. 11. Na provisão de conexão à Internet, cabe ao administrador do sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de um ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa poderá requerer cautelarmente a guarda de registros de conexão por prazo superior ao previsto no **caput**.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de sessenta dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no **caput**.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido impetrado no prazo previsto no § 3º.

Subseção II

Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet

Art. 12. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de Internet.

Art. 13. Na provisão de aplicações de Internet é facultado guardar os registros de acesso dos usuários, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 1º A opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de Internet não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

§ 2º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, a guarda de registros de acesso a aplicações de Internet, desde que se tratem de registros relativos a fatos específicos em período determinado, ficando o fornecimento das informações submetido ao disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 3º Observado o disposto no § 2º, a autoridade policial ou administrativa poderá requerer cautelarmente a guarda dos registros de aplicações de Internet, observados o procedimento e os prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 11.

Seção III

Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros

Art. 14. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 15. Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Parágrafo único. A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Art. 16. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 15, caberá ao provedor de aplicações de Internet informar-lhe sobre o cumprimento da ordem judicial.

Seção IV

Da Requisição Judicial de Registros

Art. 17. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de Internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I – fundados indícios da ocorrência do ilícito;

- II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III – período ao qual se referem os registros.

Art. 18. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

CAPÍTULO IV DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Art. 19. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da Internet no Brasil:

- I – estabelecimento de mecanismos de governança transparentes, colaborativos e democráticos, com a participação dos vários setores da sociedade;
- II – promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e níveis da federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos;
- III – promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes níveis federativos e diversos setores da sociedade;
- IV – adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;
- V – publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada;
- VI – otimização da infraestrutura das redes, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação das aplicações de Internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa;

VII – desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da Internet;

VIII – promoção da cultura e da cidadania; e

IX – prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso.

Art. 20. Os sítios e portais de Internet de entes do Poder Público devem buscar:

I – compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso;

II – acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais;

III – compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações;

IV – facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e

V – fortalecimento da participação social nas políticas públicas.

Art. 21. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da Internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção de cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Art. 22. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da Internet como ferramenta social devem:

I – promover a inclusão digital;

II – buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e

III – fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Art. 23. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas referentes ao uso e desenvolvimento da Internet no País.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. A defesa dos interesses e direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília, EMI N.º 00086 – MJ/MP/MCT/MC

Brasília, 25 de abril de 2011

Excelentíssima Senhora Presidenta da República,

Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência o anexo anteprojeto de lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no país, e dá outras providências. Tal projeto foi construído em conjunto com a sociedade, em processo que ficou conhecido sob a denominação de Marco Civil da Internet.

2. Dados recentes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD referente ao ano de 2009 realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam a existência de sessenta e oito milhões de internautas, com taxa de crescimento de mais de um milhão a cada três meses. Ao mesmo tempo em que empolgam, esses números expressam a dimensão dos diversos desafios para que a Internet realize seu potencial social. Um desses desafios é harmonizar a interação entre o Direito e a chamada cultura digital, superando uma série de obstáculos críticos, presentes tanto nas instituições estatais quanto difusos na sociedade.

3. No âmbito legislativo, diversos projetos de lei tramitam desde 1995, ano do início da oferta comercial de conexões no país. No entanto, passados quinze anos, ainda não existe um texto de lei específico para o ambiente cibernético que garanta direitos fundamentais e promova o desenvolvimento econômico e cultural.

4. Para o Poder Judiciário, a ausência de definição legal específica, em face da realidade diversificada das relações virtuais, tem gerado decisões judiciais conflitantes, e mesmo contraditórias. Não raro, controvérsias simples sobre responsabilidade civil obtêm respostas que, embora direcionadas a assegurar a devida reparação de direitos individuais, podem, em razão das peculiaridades da Internet, colocar em risco as garantias constitucionais de privacidade e liberdade de expressão de toda a sociedade.

5. Também a Administração Pública é submetida a dificuldades para promover o desenvolvimento da Internet, em temas tão variados como infraestrutura e padrões de interoperabilidade. Diversas políticas públicas de governo bem sucedidas ainda carecem de um amparo legal integrado para sua adoção como políticas de Estado, que permitam, nos diversos níveis federativos, uma abordagem de longo prazo para cumprir o objetivo constitucional de redução das desigualdades sociais e regionais.

6. Por fim, a crescente difusão do acesso enseja novos contratos jurídicos, para os quais a definição dos limites fica a cargo dos próprios contratantes, sem a existência de balizas legais. A seguir essa lógica, a tendência do mercado é a de que os interesses dos agentes de maior poder econômico se imponham sobre as pequenas iniciativas, e que as pretensões empresariais enfraqueçam os direitos dos usuários.

7. Os riscos são, portanto, a) da aprovação desarticulada de propostas normativas especializadas, que gerem divergência e prejudiquem um tratamento harmônico da matéria; b) de prejuízos judiciais sensíveis, até que a jurisprudência se adeque às realidades da sociedade da informação; c) de desencontros ou mesmo omissões nas políticas públicas; e d) de violação progressiva de direitos dos usuários pelas práticas e contratos livremente firmados.

8. Esse quadro de obstáculos faz oportuna a aprovação de uma lei que, abordando de forma transversal a Internet, viabilize ao Brasil o início imediato de um melhor diálogo entre o Direito e a Internet. Uma norma que reconheça a pluralidade das experiências e que considere a riqueza e a complexidade dessa nova realidade.

9. Com esse propósito, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça – SAL/MJ, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, desenvolveu a iniciativa denominada Marco Civil da Internet no Brasil, a fim de construir, de forma colaborativa, um anteprojeto de lei que estabelecesse princípios, garantias e direitos

dos usuários de Internet. A proposta delimita deveres e responsabilidades a serem exigidos dos prestadores de serviços e define o papel a ser exercido pelo poder público em relação ao desenvolvimento do potencial social da rede.

10. Com vistas ao diálogo entre normas jurídicas e a rede mundial de computadores, partiu-se de duas óbvias inspirações: o texto constitucional e o conjunto de recomendações apresentadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br – no documento “Princípios para a governança e uso da Internet” (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P). Para o seu desenvolvimento, o projeto se valeu de inovador debate aberto a todos os internautas.

11. Uma discussão ampla foi realizada com a sociedade pela própria Internet, entre outubro de 2009 e maio de 2010, por meio de um blog hospedado na plataforma Cultura Digital (uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP). Esse processo de participação popular resultou em mais de dois mil comentários diretos, incontáveis manifestações sobre o “#marcocivil” em ferramentas virtuais, como os microblogs Identi.ca e Twitter, além de dezenas de documentos institucionais, oriundos do Brasil e do exterior.

12. A dinâmica adotada teve como meta usar a própria Internet para, desde já, conferir mais densidade à democracia. Por meio da abertura e da transparência, permitiu-se a franca expressão pública de todos os grupos sociais, por meio de um diálogo civilizado e construtivo.

13. Resultado desse processo, o anteprojeto ora proposto se estrutura em cinco capítulos: disposições preliminares, direitos e garantias do usuário, provisão de conexão e de aplicações de Internet, atuação do poder público e disposições finais.

14. No primeiro capítulo são indicados os fundamentos, princípios e objetivos do marco civil da internet, além da definição de conceitos e de regras de interpretação. Entre os fundamentos, enumeram-se elementos da realidade jurídica do uso da Internet

que servem de pressupostos para a proposta. Por sua vez, entre os princípios figuram os pontos norteadores que devem sempre informar a aplicação do direito em relação à matéria. Já no âmbito dos objetivos, apontam-se as finalidades a serem perseguidas de forma permanente, não apenas pelo Estado, mas por toda a sociedade.

15. No capítulo sobre os direitos e garantias do usuário, o acesso à internet é reconhecido como um direito essencial ao exercício da cidadania. Ainda são apontados direitos específicos a serem observados, tais como a inviolabilidade e o sigilo das comunicações pela internet e a não suspensão da conexão.

16. No terceiro capítulo, ao tratar da provisão de conexão e de aplicações de internet, o anteprojeto versa sobre as questões como: o tráfego de dados, a guarda de registros de conexão à Internet, a guarda de registro de acesso a aplicações na rede, a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e a requisição judicial de registros. As opções adotadas privilegiam a responsabilização subjetiva, como forma de preservar as conquistas para a liberdade de expressão decorrentes da chamada Web 2.0, que se caracteriza pela ampla liberdade de produção de conteúdo pelos próprios usuários, sem a necessidade de aprovação prévia pelos intermediários. A norma mira os usos legítimos, protegendo a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, adotando como pressuposto o princípio da presunção de inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais.

17. No capítulo referente às atribuições do Poder Público, fixam-se diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da Internet no Brasil, além de regras para os sítios públicos, para a Educação, para o fomento cultural e para a avaliação constante do resultado das políticas públicas. Confere-se à Administração Pública um parâmetro para o melhor cumprimento dos objetivos do Marco Civil.

18. Finalmente, o último capítulo prevê expressamente a possibilidade de que a defesa dos interesses e direitos pertinentes ao uso

da Internet seja exercida de forma individual ou coletiva, na forma da Lei.

19. No panorama normativo, o anteprojeto representa um primeiro passo no caminho legislativo, sob a premissa de que uma proposta legislativa transversal e convergente possibilitará um posicionamento futuro mais adequado sobre outros importantes temas relacionados à internet que ainda carecem de harmonização, como a proteção de dados pessoais, o comércio eletrônico, os crimes cibernéticos, o direito autoral, a governança da internet e a regulação da atividade dos centros públicos de acesso à internet, entre outros. Apesar das mencionadas lacunas normativas, a solução que se submete à avaliação de Vossa Excelência faz jus ao potencial criativo e inovador característico do povo brasileiro, alçando o país à posição de protagonista mundial na garantia das novas liberdades da cultura digital.

Ante todo o exposto, Senhora Presidenta, a proposta que institui o marco civil da internet no Brasil deve, a nosso ver, ser incorporada ao direito positivo pátrio, a fim de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no país.

Respeitosamente,

Assinado por: José Eduardo Martins Cardozo, Miriam Aparecida Belchior, Aloizio Mercadante Oliva e Paulo Bernardo Silva

PROJETO DE LEI N.º 2.793, DE 2011

(Dos Srs. Paulo Teixeira, Luiza Erundina, Manuela D´Ávila, João Arruda, Brizola Neto, Emiliano José)

Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências.

Art. 2º. O Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B:

Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Devassar dispositivo informático alheio, conectado ou não a rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, instalar vulnerabilidades ou obter vantagem ilícita:

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

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais e industriais, informações sigilosas assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a

terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I – Presidente da República, governadores e prefeitos;

II – Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III – Presidente da Câmara dos Deputados; do Senado Federal; de Assembléia Legislativa de Estado; da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara de Vereadores; ou

IV – Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Ação Penal

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Art. 3º. Os artigos 266 e 298 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

“Art. 266.....

.....
§1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§2º Aplicam-se as penas em dobro, se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.” (NR)

“Falsificação de documento particular

Art. 298.....

Falsificação de cartão

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.” (NR)

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor cento e vinte dias após a data de sua publicação.

Sala das Sessões, 2011.

JUSTIFICAÇÃO

São inegáveis os avanços para a sociedade decorrentes do uso da Internet e das novas tecnologias. Estes avanços trazem a necessidade da regulamentação de aspectos relativos à sociedade da informação, com o intuito de assegurar os direitos dos cidadãos e garantir que a utilização destas tecnologias possa ser potencializada em seus efeitos positivos e minimizada em seus impactos negativos. Nesta discussão, ganha relevo constante, sendo objeto de amplos debates sociais, a temática da repressão criminal a condutas indesejadas praticadas por estes meios.

Dentre os inúmeros projetos que abordam a matéria, encontra-se em estado avançado de tramitação neste Congresso Nacional um projeto de lei – o PL 84/99, de autoria do Deputado Luiz Piauhyllino – que tem por objeto a tipificação de “condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares”. Tal projeto, aprovado no Senado Federal em 2008, na forma de um substitutivo, encontra-se em tramitação final nesta Câmara dos Deputados.

A nosso ver, o PL 84/1999, em sua redação atual, traz propostas de criminalização demasiadamente abertas e desproporcionais,

capazes de ensejar a tipificação criminal de condutas corriqueiras praticadas por grande parte da população na Internet. Ainda, fixa em um diploma penal matérias – como guarda e acesso a registros de conexão – que deveriam constar de uma regulamentação da Internet que fosse mais abrangente e mais atenta aos direitos e garantias do cidadão. Estas características indesejadas foram amplamente levantadas pela sociedade, por meio de manifestos públicos, movimentos virtuais e abaixo-assinados. Também foram apontadas pelos diversos especialistas que tiveram a oportunidade de apresentar suas contribuições e visões sobre a matéria nos seminários e audiências públicas organizados no âmbito da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados.

Ocorre que, em seu atual estágio de tramitação, por conta de questões regimentais, o Projeto de Lei referido não pode mais ser emendado ou alterado. Apresentamos, portanto, nossa proposta alternativa de criação de tipos penais específicos para o ambiente da Internet. Esta redação que apresentamos, e que ainda é passível de aperfeiçoamentos e contribuições – sempre de forma a garantir os direitos do cidadão na Internet e evitar a criminalização de condutas legítimas e corriqueiras na Internet – é resultado, portanto, de um processo amplo de discussão, e que iniciou com a submissão de uma minuta preliminar e tentativa no portal e-Democracia, espaço de debate público e participação social por meios eletrônicos da Câmara dos Deputados. A proposta, em sua elaboração, contou também com a participação de órgãos do governo e de representantes da sociedade civil.

Nossa proposta observa, ainda, os direitos e garantias do cidadão que utiliza a Internet, nos termos propostos pelo já mencionado PL 2.126/2010, em tramitação nesta Câmara dos Deputados. Em nosso entendimento, a aprovação deste Projeto deve ser precedida da aprovação do Marco Civil da Internet. Não se deve admitir que legislações penais – infelizmente, um mal necessário em nossa sociedade – precedam o estabelecimento de direitos e garantias. A face

repressiva do Estado não deve sobressair sobre seu papel como fiador máximo dos direitos do cidadão.

Em sua redação, buscamos evitar incorrer nos mesmos erros do PL 84/1999. O Projeto propõe, sim, a criação de tipos penais aplicáveis à condutas praticadas na Internet mas apenas aquelas estritamente necessárias à repressão daquelas atividades socialmente reconhecidas como ilegítimas e graves.

Vejamos algumas diferenças entre este Projeto e o PL 84/1999.

Em primeiro lugar, destaca-se que o presente projeto trata apenas de tipificações penais. Diferentemente do PL 84/99, não se abordam as questões relativas a guarda e fornecimento de registros, ou demais obrigações imputáveis a provedores de serviços de internet – questões que encontram lugar mais adequado numa regulamentação civil sobre a matéria.

Em segundo lugar, cabe notar que a presente proposta apresenta um número de tipos penais significativamente inferior àquele apresentado pelo PL 84/99. Norteamo-nos, nesta escolha, pela compreensão de que grande parte das condutas relativas praticadas por meios eletrônicos já se encontra passível de punição pelo ordenamento jurídico pátrio. Ainda, pautamo-nos pela visão de que não é a proliferação de tipos penais que levará à maior repressão de condutas.

Foram excluídas as definições pretensamente exaustivas do PL original, as quais não significavam ganho em precisão e clareza da legislação penal, dada a natureza muito ampla e indeterminada das respectivas redações. Buscou-se, a este respeito, a utilização de terminologias que já encerrasse de forma adequada as condutas que se pretende criminalizar, sem estendê-las indevidamente.

Ainda, com relação ao PL 84/99, nota-se que grande parte dos tipos penais ali propostos apresenta redação significativamente aberta, e muitas vezes sob a forma de tipos de mera conduta, cuja simples prática – independentemente do resultado obtido ou mesmo da específica caracterização da intenção do agente – já corresponderia à consecução da atividade criminosa. Tal estratégia redacional,

típica de uma sociedade do risco e de uma lógica de direito penal do inimigo, busca uma antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano, envolvendo a flexibilização das regras de causalidade, a tipificação de condutas tidas como irrelevantes, a ampliação e a desproporcionalidade das penas e a criação de delitos de perigo abstrato, dentre outras características. Exemplo disso é a criação de um capítulo com o objetivo de tutelar juridicamente, como bem jurídico protegido, a “segurança dos sistemas informatizados”. Tal estratégia, como já apontado, resulta na possibilidade de punição gravosa a meras condutas que, por sua natureza ou intenção, não mereceriam ensejar a repressão penal – como o acesso não autorizado a sistemas informáticos decorrentes de testes de segurança efetuados sem a prévia anuência dos titulares de sistemas informatizados.

Em contrapartida a esta tendência, o presente projeto de lei busca equilibrar as penas previstas segundo a gravidade das condutas, hierarquizando, a partir de um tipo principal, os patamares de penas aplicáveis a partir dos resultados danosos obtidos pela prática dos atos tipificados – e, obviamente, buscando harmonizar as penas previstas com as já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Busca, tanto quanto possível, orientar as tipificações a partir de um fim especial de agir, consistente na intenção consciente do agente em praticar determinada modalidade de atividade danosa a terceiro. Reinsere as condutas tipificadas na lógica atual dos bens jurídicos penalmente tutelados pelo ordenamento, evitando a expansão desnecessária da proteção penal para novas searas. Acrescenta como elementos básicos do tipo critérios de verificação – de modo, de meio, de finalidade – para que se verifique a conduta como efetivamente punível, buscando assim mitigar os efeitos indesejados de uma tipificação demasiadamente aberta sobre condutas sociais corriqueiras.

Passando à análise específica dos tipos propostos, iniciemos pelo tipo de “invasão de dispositivo informático”, proposto como art. 154-A. O tipo insere-se no capítulo referente a crimes contra a liberdade individual, e na seção correspondente aos crimes contra

a inviolabilidade de segredos. Apresenta como elemento nuclear o verbo “devassar”, representando assim um acesso indevido, e aproveitando-se da jurisprudência já consolidada a respeito do tema quanto à violação de correspondência. Determina que o objeto da violação seja o “dispositivo informático alheio, conectado ou não a rede de computadores”. Evita-se, assim, a tipificação dos casos de violação ou devassa de um equipamento do próprio proprietário, como a remoção de medidas técnicas de proteção embutidas em sistemas operacionais de dispositivos informáticos. Estabelece como elemento necessário para a configuração do crime a violação indevida de mecanismo de segurança – evitando, assim, a criminalização do mero acesso a dispositivos desprotegidos, ou ainda a violação legítima a mecanismos de segurança, como a eliminação de uma medida técnica de proteção que inviabilize o acesso legítimo, em outro dispositivo informático, de uma CD ou DVD protegido, por exemplo. Por fim, estabelece a necessidade de intenção específica de “instalar vulnerabilidades, obter vantagem ilícita ou obter ou destruir dados ou informações não autorizados” – ou seja, pune-se apenas quando a conduta do agente estiver relacionada a determinado resultado danoso ou quando o objetivo do agente for efetivamente censurável e não se confundir com atividades legítimas da Internet, excluindo-se assim, mais uma vez, os casos de mero acesso a informações, ou os casos de obtenção de informações que, por sua natureza, não seriam passíveis de restrição de acesso. Quanto à pena, esta equipara-se à de violação de segredo profissional.

Pena semelhante é atribuída aos casos de produção, oferecimento, distribuição, venda ou difusão de programa de computador com o intuito específico de praticar as condutas definidas no caput. Busca-se, assim, sancionar a produção e difusão de vírus de computador e códigos maliciosos, como aqueles empregados para o roubo de senhas e demais atividades nocivas. Destaque-se, mais uma vez, a necessidade de que a finalidade específica do agente que produz, oferece, distribui, vende ou difunde tal programa de computador

seja a de permitir que terceiros pratiquem as atividades nocivas anteriormente tipificadas. Afasta-se, assim, a tipificação da produção e distribuição de ferramentas que tenham por finalidade o mero teste de segurança de sistemas informáticos – e que, caso empregadas indevidamente, possam servir a finalidades nocivas. Isto porque faz-se necessário ao agente o dolo específico de permitir práticas criminosas.

Estabelecemos, ainda, penas proporcionalmente maiores ou causas de aumento de pena para quando a invasão apresentar resultados concretos revestidos de lesividade ainda maior. Isso ocorre, por exemplo, quando, como consequência da invasão, resulta prejuízo econômico para o proprietário do dispositivo invadido, ou quando da invasão resulta o controle remoto do dispositivo invadido, como nos casos da invasão de computadores de terceiros para a prática de atividades nocivas a partir deles.. Também se prevê pena maior – de seis meses a dois anos, e multa – para os casos em que, por meio da invasão, o criminoso obtém mensagens de email de terceiros – que são protegidas pelo direito à privacidade, ou informações expressamente reconhecidas como sigilosas em Lei. A pena cominada pode ainda ser aumentada se houver maior lesividade à privacidade – como nos casos em que houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro dos dados ou informações sigilosos obtidos.

Ainda no campo da invasão de dispositivos, a proposta traz, em seu parágrafo quinto, traz causa especial de aumento de pena quando o crime é cometido contra determinados sujeitos passivos que correspondam a altas autoridades públicas, por considerar que essas condutas terão lesividade ainda maior.

Quanto a estes crimes, destaca-se que, quando cometidos contra particular, deverão ser objeto de ação penal pública condicionada à apresentação de representação pelo interessado. Evita-se, assim, que haja repressão a condutas reputadas inofensivas pelos próprios ofendidos, com o consequente desperdício de recursos na ação estatal repressiva.

O projeto traz ainda duas alterações de artigos já existentes no Código Penal.

O primeiro diz respeito à tipificação da conduta de interrupção, impedimento ou dificultação do restabelecimento de serviço telemático ou de serviço de informação de utilidade pública. Trata-se de ampliação do tipo atualmente previsto no art. 266 do Código Penal, que, atualmente, protege apenas os serviços telegráficos, radiotelegráficos ou telefônicos. É, portanto, mera “atualização tecnológica” da redação de dispositivo já existente. A esse respeito, destaque-se que um tipo análogo consta da redação da versão atualmente em tramitação do PL 84/1999. No entanto, no âmbito do PL 84/99, também consta como núcleo do tipo penal a mera “perturbação” de tais serviços, o que poderia abranger condutas inofensivas como o excesso de utilização de determinado serviço. O PL 84/99 também inseria como bens protegidos os serviços “telemático, informático, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, de sistema informatizado ou de telecomunicação”. Destes, foram mantidos apenas o “telemático” e o “de informação de utilidade pública”. Assim, foram mantidos aqueles serviços que corresponderiam essencialmente a serviços públicos – uma vez que o tipo penal insere-se no Capítulo que trata “dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos” – e excluídos aqueles cuja natureza, eminentemente privada, não merecesse este nível de equiparação.

Por fim, incluiu-se a equiparação de cartões bancários eletrônicos, de crédito e débito, a documentos particulares, para permitir a tipificação no âmbito do crime de falsificação de documento particular. Trata-se de dispositivo não previsto no PL original e que preenche omissão hoje existente em nosso ordenamento. Dada a tipicidade estrita do direito penal, é preciso efetuar tal alteração para deixar claro que o crime de “falsificação” também ocorre quando o objeto é um cartão de crédito ou débito.

Espera-se, com este projeto, oferecer à sociedade uma alternativa equilibrada de repressão a condutas socialmente consideradas como indesejáveis, sem no entanto operar a criminalização excessiva e demasiado aberta que permitiria considerar todo e qualquer cidadão como um potencial criminoso em seu uso cotidiano da rede mundial de computadores. Conclamo, assim, os nobres Pares para juntos aprovarmos este projeto de lei e aperfeiçoá-lo durante a sua tramitação nesta Casa de Leis.

Sala das Sessões, em de de 2011

Deputado Paulo Teixeira

Deputado Luiza Erundina

Deputado Manuela Dávila

Deputado João Arruda

Deputado Brizola Neto

Deputado Emiliano José